

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO



MAESTRIA EN DERECHO DE LA EMPRESA

TESIS DE INVESTIGACIÓN

***IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISION DE CHEQUES PARA
GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACION EN LAS EMPRESAS DE
AREQUIPA 2011***

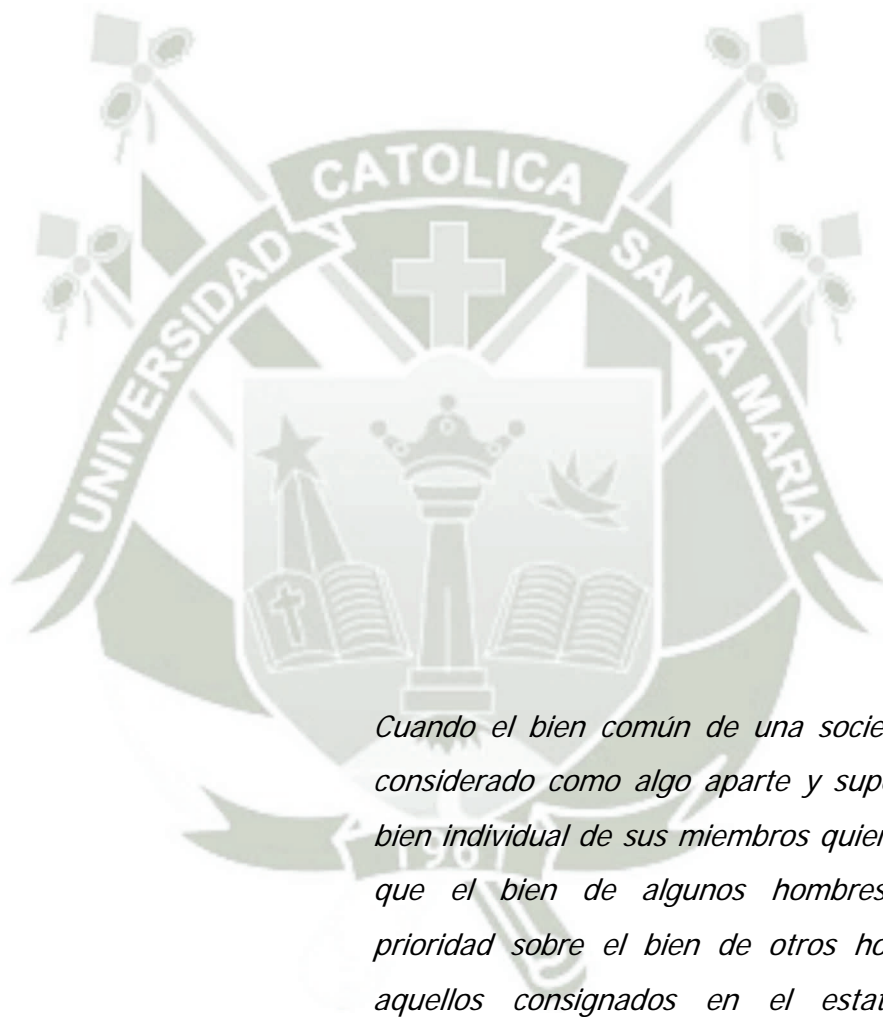
*Presentado por **SARITA JESSICA APAZA MIRANDA**
para optar el grado académico de Magíster en Derecho de
la Empresa.*

AREQUIPA PERÚ

2012



Para mis padres que día a día enfrentan la abnegada labor de ser mis padres y amigos, quien a pesar de vivir difíciles situaciones, han sabido tener la fuerza y el coraje para sacarme adelante, en la búsqueda de mejorarme como persona y profesional, motivo sin el cual no hubiera sido posible el logro de mis objetivos en el ámbito académico



Cuando el bien común de una sociedad es considerado como algo aparte y superior al bien individual de sus miembros quiere decir que el bien de algunos hombres tiene prioridad sobre el bien de otros hombres, aquellos consignados en el estatus de animales sacrificados...

AYN RAND

INDICE

	Pág
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DE LOS TITULOS VALORES

1. DESARROLLO DE LA TEORIA GENERAL DE TITULOS VALORES	13
2. DENOMINACION	21
3. CONCEPTO	24
4. CARACTERÍSTICAS DEL TITULO VALOR	32
5. RELACIÓN CAUSAL Y RELACIÓN CARTULAR O CAMBIARIA	35
6. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TITULOS VALORES	38
7. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LOS TÍTULOS VALORES	41
8. SUSCRIPCIÓN Y ALTERACION DE LOS TITULOS VALORES	53
9. INTEGRACIÓN DEL TITULO VALOR	55
10. LA ACCION CAMBIARIA Y LOS TITULOS VALORES REPRESENTATIVOS O DE TRADICIÓN	60
11. REIVINDICACIÓN, PRESENTACIÓN Y RESTITUCIÓN DEL TITULO VALOR	63
12. RELACIÓN CAUSAL Y LA CIRCULACIÓN DEL TITULOS VALOR	66

CAPITULO II

EL CHEQUE COMO TITULO VALOR

1. INTRODUCCIÓN	73
2. TÍTULO VALOR EL CHEQUE	75
3. ANTECEDENTES HISTORICOS	77
4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	79
5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CHEQUE	80

6. CONCEPTO	84
7. CARACTERÍSTICAS DEL CHEQUE	85
8. CARACTERÍSTICAS JURÍDICOS DEL CHEQUE	86
9. REQUISITOS DE CHEQUE	88
10. FORMAS DEL GIRO DEL CHEQUE	89
11. LOS CHEQUES ESPECIALES	89
12. FUNCION E IMPORTANCIA DEL CHEQUE	92

CAPITULO III

EL CHEQUE EN LA NUEVA LEY DE TÍTULOS VALORES

1. INTRODUCCIÓN	94
2. SUJETOS INTERVINIENTES	96
3. REQUISITOS FORMALES ESENCIALES	97
4. GIRO DEL CHEQUE	99
5. CLASES DE CHEQUE	101
6. LIMITACIONES EN LA EMISIÓN Y NEGOCIACIÓN DEL CHEQUE	113
7. CIRCULACIÓN DEL CHEQUE	115
8. PAGO DEL CHEQUE	116
9. REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN	117
10. PAGO PARCIAL	119
11. FORMALIDAD SUSTITUTORIA	120
12. PACTO DE TRUNCAMIENTO	121

CAPITULO IV

EL PAGO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN	122
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	123
3. CONCEPTO DE PAGO	131
4. REQUISITOS Y NATURALEZA JURIDICA	134
5. PRINCIPIOS	136
6. EL PAGO AL ACREEDOR	139

7. EL PAGO AL ACREEDOR APARENTE	144
8. PRESUNCIÓN A FAVOR DEL PORTADOR DE UN RECIBO	147
9. PAGO A INCAPAZ	149
10. EL PAGO POR EL DEUDOR	152
11. EL PAGO	159
12. FORMAS DE PAGO	163

CAPITULO V

IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISION DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACION EN LAS EMPRESAS DE AREQUIPA

1. Presentación	171
2. Análisis de los resultados	172
CUADRO Y GRAFICO Nº 01.- SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES	172
CUADRO Y GRAFICO Nº 02.- RAZONES POR LAS QUE SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR O NO EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES	174
CUADRO Y GRAFICO Nº 03.- FACTORES QUE CONDICIONAN A SU EMPRESA PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN CON LA EMISIÓN DE UN CHEQUE	176
CUADRO Y GRAFICO Nº 04.- FACTORES QUE CONDICIONAN A SU EMPRESA PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN CON LA EMISIÓN DE UN CHEQUE	178

CUADRO Y GRAFICO Nº 05.- RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE GARANTIZA ADECUADAMENTE EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS	180
CUADRO Y GRAFICO Nº 06.- REQUISITOS QUE TOMA EN CUENTA SU EMPRESA PARA LA EMISIÓN DE CHEQUES QUE GARANTICEN EL PAGO DE OBLIGACIONES	182
CUADRO Y GRAFICO Nº 07.- CONSIDERA USTED QUE ES LEGÍTIMA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS CON LA EMISIÓN DE CHEQUES	184
CUADRO Y GRAFICO Nº 08.- RAZONES POR LA QUE CONSIDERA USTED O NO QUE ES LEGÍTIMA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS CON LA EMISIÓN DE CHEQUES	186
CUADRO Y GRAFICO Nº 09.- TIENE CONOCIMIENTO QUE NUESTRA NORMATIVIDAD VIGENTE NO PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	188
CUADRO Y GRAFICO Nº 10.- RAZONES POR LAS QUE TIENE CONOCIMIENTO O NO QUE NUESTRA NORMATIVIDAD VIGENTE NO PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	190
CUADRO Y GRAFICO Nº 11.- BENEFICIOS LEGALES QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA A SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	192

CUADRO Y GRAFICO Nº 12.- CONSIDERA USTED QUE SE DEBE IMPONER ALGUNA SANCIÓN A LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	194
CUADRO Y GRAFICO Nº 13.- RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA USTED QUE NO SE DEBE IMPONER ALGUNA SANCIÓN A LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	196
CUADRO Y GRAFICO Nº 14.- PERJUICIOS LEGALES QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA A SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	198
CUADRO Y GRAFICO Nº 15.- CREE USTED QUE SE DEBEN REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD EXISTENTE RESPECTO AL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	200
CUADRO Y GRAFICO Nº 16.- RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE SE DEBEN REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD EXISTENTE RESPECTO AL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES	202
CONCLUSIONES	204
SUGERENCIAS	206
PROPUESTAS	208
BIBLIOGRAFIA	213
PROYECTO DE INVESTIGACION	217
ANEXOS	231

RESUMEN

El presente trabajo tiene como tema central las implicancias legales que tiene la emisión de cheques para garantizar el pago de obligaciones en las diversas empresas de la ciudad de Arequipa, preferencialmente en lo que respecta al derecho nacional. La presencia de esta problemática no solo hay que observarla en la normatividad especial sino también en los criterios novedosos que influyen la interpretación de la ley de Títulos y valores la misma que mantiene una relación directa y expectante con nuestro tema de investigación.

Entonces se comenzará estudiando los orígenes de los títulos valores como disciplina novedosa e importante en el contexto contemporáneo y sus implicancias legales en lo que respecta a la relación del cheque y el pago de obligaciones y cómo dentro de esta relación, puede ser observado el problema que tienen las empresas para emitir o aceptar cheques para el pago de dichas obligaciones. Seguidamente trataremos los alcances y criterios que predominan en el cheque como título valor propiamente dicho y cuál puede ser el criterio válido para analizar de manera integral el problema del mismo respecto al pago de obligaciones. Asimismo se analizará el tratamiento legal que se le da al cheque en nuestra Nueva ley de Títulos valores, es decir un repaso a la normatividad vigente, donde damos un espacio de análisis al tema propiamente dicho. Finalmente se tratará aspectos del pago de obligaciones desde la óptica del derecho civil y lo que respecta al derecho comparado.

La investigación concluye con la información estadística sobre los alcances e implicancias legales que representa el uso de cheques para el pago de obligaciones por parte de las empresas de la ciudad de Arequipa y su problema en relación a la ley de Títulos y valores y como debe enfrentarse dicha problemática frente a los organismos reguladores.

ABSTRACT

The present work has as its central theme is the legal implications that issuing checks to ensure payment of obligations in the various companies in the city of Arequipa, preferentially with respect to national law. The presence of this problem not only have to watch the special regulations but also in the novel criteria that influence the interpretation of the law of securities that it holds a direct and expectant with our research topic.

Then you start studying the origins of the securities as new and important discipline in the contemporary context and legal implications regarding the relationship of the check and the payment of obligations and how within this relationship, the problem can be observed that for companies to issue or accept checks for payment of such obligations. Then try the scope and standards prevailing in the check as the title itself and what value can be the criterion for analyzing comprehensively the problem by referring to the payment of obligations. It also will analyze the legal treatment given to check our New Securities Act, a review of the current regulations, which give an opportunity to analyze the issue itself. Finally we will address aspects of the payment of obligations from the perspective of civil and respect to comparative law.

The investigation concluded with statistical information about the scope and legal implications involved in the use of checks for payment of obligations by the companies of the city of Arequipa and his problem relating to securities law and how to cope this problem facing regulators.

INTRODUCCIÓN

Pongo a vuestra consideración el presente trabajo de investigación, que de acuerdo a las normas legales vigentes es necesario para optar el Título de Magíster en La Universidad Católica de Santa María, en momentos de crisis laboral en el Perú, esta Tesis Titulada **“IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISION DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACION EN LAS EMPRESAS DE AREQUIPA”**, se destina aportar una posible solución a la problemática existente en torno a la emisión de cheques que garantizan el pago de obligaciones en las diferentes empresas de Arequipa que día a día se viene acrecentando.

Las consideraciones anotadas y las conclusiones arribadas, esperamos sean de utilidad, no sólo al estudio del problema que enfrentan las empresas para poder requerir sus pagos y obligaciones frente a terceros a través del uso del cheque, por lo que en este sentido es necesario replantear y estructurar debidamente las implicancias legales que trae consigo el uso de cheques para el pago de obligaciones, es así que la necesaria apreciación, comprensión y visión crítica, de este trabajo complementan su finalidad, esperando apreciar solamente sus aportes y pasando por alto las omisiones en que se pudiera incurrir.

En los Capítulos I al IV que corresponden, al Marco Teórico Conceptual, desarrollamos la base teórica, conceptos, definiciones y clasificaciones que han servido de sustento teórico a la investigación, como asimismo deducimos la hipótesis y las variables de estudio de nuestro trabajo. Es así que en el primer capítulo se ha tratado todos los aspectos referentes a los títulos valores desde sus orígenes, conceptos, naturaleza, clasificaciones y su posición dentro del derecho; en el segundo capítulo se ha desarrollado una descripción del cheque como título valor propiamente dicho resaltando su principal función dentro del mundo jurídico comercial; en el tercer capítulo

se ha realizado un análisis del tratamiento jurídico que se le da al cheque en nuestra nueva ley de títulos valores y las implicancias legales que trae consigo la utilización del cheque en el mundo empresarial y finalmente en el capítulo cuarto se ha detallado los alcances que cumple el pago de las obligaciones desde el punto de vista del derecho civil, la síntesis de estos conceptos nos permitió determinar la viabilidad o no de emitir cheques para respaldar obligaciones frente a terceros y más aún por parte de las empresas.

En el Capítulo V se presenta los resultados a los que se llegó luego del análisis de la información que estuvo comprendida por los reportes de cheques dados en garantía a las diferentes empresas de responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa entre los años 2010 al 2011, análisis que nos permitió determinar si en la realidad empresarial se viene empleando de una manera incorrecta el uso de cheques para respaldar el pago de obligaciones frente a terceros o viceversa. Ya culminando la investigación presentamos las conclusiones con sus correspondientes sugerencias.

En el los anexos encontramos el proyecto materia de investigación y se presenta en una primera parte, al Planteamiento Teórico la formulación del problema, así como la justificación e importancia de su estudio, tocando posteriormente las limitaciones y objetivos. En una segunda parte tenemos el Diseño Técnico y Recolección de datos anotamos la Metodología, los Instrumentos empleados en la obtención de datos, delimitando las unidades de estudio, lo mismo que el tiempo, optando por una estrategia de análisis y recolección de información.

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DE LOS TITULOS VALORES

1. DESARROLLO DE LA TEORIA GENERAL DE LOS TITULOS VALORES

La Historia del Derecho Cambiario surge en la Italia Medieval, con el origen de la letra de cambio, concebido como contrato de cambio trayecticio, hasta los que perciben su naturaleza jurídica referido a un surgimiento y desarrollo autónomo.

Rafael De Turri (1641), Ansaldo De Ansaldi (1689) y José María Lorenzo De Casaregi (1737) consideraron que el fundamento de la obligación cambiaria era de naturaleza consensual, atribuyéndose al título una función meramente probatoria de un contrato literal de cambio trayecticio surgido y generado de un “pactum de cambiando”. José María Lorenzo De Casaregi expresaba que “la cambial sirve solamente de medio y de órgano para dar ejecución”.

La Teoría General de los Títulos Valores o Títulos de Crédito o Títulos Circulatorios, es una elaboración conceptual de las escuelas comercialistas alemana e italiana¹.

El jurista español Uría describe las etapas de la construcción de la teoría de los títulos de crédito, en primer término, la posición doctrinal que valoró especialmente el aspecto de la incorporación del derecho al título (SAVIGNY), entendida metafóricamente en el sentido de que, transfundido el

¹ SILVA VALLEJO, José Antonio. Teoría General de los Títulos Valores. Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi. Cultural Cuzco, Lima 1989. Páginas 649, 650 y 651.

derecho al documento, la suerte del primero queda unida inseparablemente a la del segundo; el derecho no se puede exigir ni transmitir sin el documento y sigue las vicisitudes de éste. Un segundo paso consistió en destacar al título de crédito de los demás documentos jurídicos (probatorios, dispositivos, constitutivos), partiendo de la necesidad de la posesión del documento para el ejercicio del derecho (BRUNNER). Y por último, tomando como base esa necesidad de poseer el documento y de exhibirlo, se elabora a fondo la noción de la legitimación, y se hace de ésta el eje del concepto del título de crédito, en el doble sentido de que, sin la exhibición del documento, ni el deudor está obligado a cumplir ni cumplirá con eficacia liberatoria (JACOBY)².

El maestro sanmarquino Ulises Montoya Manfredi precisa que la construcción doctrinaria de los títulos valores se inicia con Savigny, que aportó la idea de la incorporación del derecho al documento. Más tarde, Brünner agregó la nota de literalidad y finalmente Jacobi añadió el elemento de la legitimidad. La fórmula quedó integrada por Vivante, al expresar éste que los títulos-valores son documentos necesarios para ejercer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna³.

A. Escuela Comercialista Alemana y Fundamentos del Derecho Cambiario

Hans Liebe (1848) expuso el principio de formalidad que caracterizaba al Derecho Cambiario ("Formalactsheorie"), así como los fundamentales principios de literalidad y de abstracción, que caracterizan a la obligación cambiaria y que la escuela alemana desarrolló bajo los nombres de "Literalprinzip" y de "Begebungstheorie" o "Summenversprechenstheorie".

² URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Decimonovena Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1992. Páginas 834 y 835.

³ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Editorial Desarrollo. Lima, 1982. Página 16.

La doctrina de Einert se le conoce con el nombre de “Papiergeldtheorie”. En ella, el suscriptor emite una promesa dirigida al público, de pagar de conformidad con las cláusulas insertas en el título. Y para que en el público surja la confianza de que la promesa será mantenida, fue necesario asegurar al poseedor un derecho autónomo. Aquello que no puede hacerse en donde la relación entre el suscriptor y el primer tomador sea concebida como un contrato, debiéndose, en consecuencia, sostener que el primero de los poseedores transmite a los siguientes un derecho en todo igual al suyo.

De acuerdo a esta teoría, no se debe hablar de contrato, debiendo concebirse a la promesa como acto unilateral, de esta manera, logra emancipar al título, como verdadero título sustantivo de valor, del contrato interno que lo inspira. Tal concepto de unilateralidad, ha demolido radicalmente las teorías contractuales que consideraba al título valor como simple instrumento de prueba y título ejecutivo del contrato de cambio.

En 1857, Kuntze enuncia su teoría de la creación cambiaria, según la cual el título valor nace como un negocio jurídico perfecto en cuanto obligación cambiaria y en cuanto crédito accionable desde el momento en que la cambial es redactada, declarándose así la voluntad unilateral y perfecta de obligarse. Ello significa que la fuente de la obligación cartular es la declaración unilateral de voluntad del emisor, precisándose que el tercero que haya adquirido la posesión del título valor lo haga de buena fe.

Finalmente Heinrich Brünner (1840 – 1915) formuló la definición de los títulos valores diciendo que “es el documento de derecho privado, cuya realización está subordinada a la posesión del documento”⁴.

⁴ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Páginas 650, 651, 652, 653 y 654.

B. Escuela Comercialista Italiana

VIVANTE⁵ formula su célebre definición, expresando que “el título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo. El derecho expresado en el título es literal, porque su existencia se regula a tenor del documento; el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor, y por último, el título es el documento necesario para ejercitar el derecho, porque, en tanto el título existe, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio de los que en él se contienen, no pudiendo realizarse ninguna modificación en los efectos del título sin hacerla constar en el mismo”.

Silva Vallejo señala que principalmente a Vivante le toca el mérito de la elaboración de una teoría unitaria de los títulos de crédito, fijando los caracteres comunes de los títulos al portador, a la orden y nominativos⁶.

Uría considera que a la doctrina italiana y en especial a Vivante se le debe la acentuación de la nota de la literalidad del derecho mencionado en el título (derecho documental), y la explícita formulación de la autonomía de ese derecho, pero, sobre todo de haber hecho del título nominativo una verdadera tercera especie de los títulos de crédito, encontrando en él, contra el parecer de buena parte de la doctrina, los caracteres esenciales de todo título⁷.

⁵ CESARE VIVANTE (Nacido en Venecia el 4 de Enero de 1855, muerto en su Villa de Solaja el 5 de Mayo de 1944).

⁶ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Páginas 658 y 659.

⁷ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 835.

Pérez Fontana dice que corresponde a Vivante el mérito de haber incluido los títulos nominativos entre la categoría de los títulos de crédito, porque son necesarios para la para la transferencia y el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos está mencionado⁸.

León Bolaffio⁹ fue el primero en abrir fuego contra la teoría unificadora de Vivante. Según este autor, la circulación libre, regular y perfecta sin necesidad de cualquier intervención del emitente, condensa y exterioriza los dos caracteres del título de crédito: la incorporación y la autonomía.

Reconoce que si bien es cierto que algunos títulos nominativos legitiman al tenedor frente al emitente y sirven para la transferencia del derecho documentado a un tercero, no por ello incorporan el derecho y menos aún, le atribuyen un derecho originario inmune a las excepciones oponibles al titular.

Bolaffio resume así las razones de su discrepancia: el emitente puede impedir la trasmisión del título nominativo o puede exigir que la transmisión no se perfeccione sin su consentimiento. Pero aún cuando se permitiese la transferencia por endoso autenticado por escribano público, se trataría de una cesión de créditos lo mismo que es una cesión de créditos la anotación de la transferencia en el registro del emitente¹⁰.

Para Lorenzo Mossa¹¹ “los títulos de crédito son papeles o documentos que llevan en sí un valor económico y jurídico, porque el papel contiene un derecho real, o de participación social, o expresa una obligación o promesa formal y rigurosa. El valor no existe sin el documento, el valor no existe sino en cuanto el papel concentra en sí el derecho. La economía y el derecho, el

⁸ PÉREZ FONTANA, Sagunto. Títulos Valores. Parte Dogmática. Cultural Cuzco S.A. Lima 1990. Página 23.

⁹ LEON BOLAFFIO (Padua, 5 de Julio de 1848- Bolonia, 28 de Enero de 1940).

¹⁰ PÉREZ FONTANA, Sagunto. Obra citada. Páginas 23 y 24.

¹¹ LORENZO MOSSA (nacido en Sassari el 29 de Agosto de 1886, muerto en Pisa el 19 de Abril de 1957).

derecho y la obligación están estrechamente ligados en el papel hasta el punto de llevar el documento, de la condición de simple documento probatorio, o aún constitutivo, al rango de título de crédito.

Messineo¹² reafirma que el título de crédito es documento constitutivo del derecho contenido en él. Dice que el derecho de crédito está contenido en el título para indicar el fenómeno de la denominada incorporación del derecho en el título. Esto es, el derecho es identificado o compenetrado en el documento, hasta el punto de formar cuerpo con él, con las siguientes consecuencias: se adquiere el derecho nacido del documento, mediante la adquisición del derecho sobre el documento, en cuanto res; con la transferencia del documento, se transfiere necesariamente el derecho cartular; sin la presentación del documento, no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación; la destrucción del documento puede importar la pérdida del derecho cartular; y el secuestro, el embargo y cualquiera otro vínculo sobre el crédito no tiene efecto, si no afecta también al título”.

Según DESEMO¹³ el Derecho Cambiario “es el conjunto de principios y de normas que regulan los actos y las relaciones jurídicas inherentes a los títulos de crédito cambiarios”. A su vez, el título de crédito “puede definirse como un documento formado según determinados requisitos de forma, obediente a una particular ley de circulación que contiene “incorporado” el derecho del legítimo poseedor a una prestación en dinero o en mercadería allí mencionada”. La característica primaria de estos títulos que es su documentalidad o cartularidad, del latín “chartula”.

Para Asquini¹⁴ el título de crédito es el documento que contiene un derecho literal destinado a la circulación, idóneo a conferir en modo autónomo la

¹² FRANCESCO MESSINEO (1886 – 1974).

¹³ GIORGIO DESEMO (nacido en Corfú el 16 de Noviembre de 1885).

¹⁴ ALBERTO ASQUINI (1889 – 1972).

titularidad de tal derecho al propietario del documento y necesario y suficiente para legitimar a su poseedor en el ejercicio del mismo derecho”.

Ascarelli¹⁵ expresa que “El título de crédito es antes que nada un documento. La disciplina legislativa, necesariamente diferente en cuanto a los distintos títulos, indica los requisitos de cada uno de ellos. Constituyen un documento, escrito, firmado por el deudor, formal en el sentido de que está sujeto a condiciones de forma establecidas justamente para identificar con exactitud el derecho en él consignado y sus modalidades, la especie de título de crédito, la persona del acreedor, la forma de circulación del título y la persona del deudor. Realmente, su documentación escrita es el primer paso para alcanzar aquella certeza, que a su vez es presupuesto indispensable de la circulación del derecho”¹⁶.

Ascarelli individualiza la fattispecie (presupuesto) del título de crédito y lo define como “aquel documento escrito, suscrito, nominativo, a la orden, al portador, que menciona la promesa (a la orden) unilateral de pagar una suma de dinero o una cantidad de mercadería, al vencimiento determinado o determinable o la entrega de mercaderías (o título) especificadas y es socialmente destinado a la circulación; es más, aquel documento certifica, con la suscripción de uno de los administradores, la cualidad de socio de una sociedad anónima”. En síntesis, para Ascarelli la fattispecie del título de crédito es un “documento socialmente destinado a la circulación”¹⁷.

Giuseppe Ferri¹⁸ considera que la circulación es la causa determinante de la creación del título, está prevista y querida ab initio, por el deudor y aunque requiera que se verifique un hecho jurídico sucesivo y ajeno a la voluntad del

¹⁵ TULLIO ASCARELLI (nació en Roma el 6 de Octubre de 1903, murió el 20 de Noviembre de 1959).

¹⁶ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Páginas 664, 665, 666, 671 y 675.

¹⁷ SOLIS ESPINOZA, Jorge Alfredo. Temas sobre derecho cartular. Idemsa. Lima 1995. Páginas 29 y 30.

¹⁸ GIUSEPPE FERRI (Nacido en Norcia, Perugia, el 27 de Noviembre de 1908).

deudor; sin embargo, no es independiente y autónoma de la voluntad de éste”¹⁹. Ferri opina que la voluntad del sujeto o de creador del documento de sujetarlo o incorporarlo a la disciplina cartular es determinante para la aplicación de ésta a la circulación del título valor. El se basa en el presupuesto que el creador del documento puede colocar una cláusula limitativa a la circulación del mismo; tal circunstancia le hace deducir que el título puede ser creado exclusivamente por la voluntad individual; es decir, si el tenedor del documento puede evitar que el título siga circulando con la cláusula pertinente, al ejercer esta facultad implícitamente tiene la de crear el título valor, de imprimirle esa característica y darle esa categoría jurídica. En síntesis, Ferri hace que la tesis principal de su pensamiento esté constituida por el carácter tipológico del documento, la destinación a circular, pero subordinado a un requisito subjetivo: la voluntad.

El título valor existe aun cuando la persona que lo ha creado lo guarda en la caja fuerte para evitar obligarse en ese momento, quien tiene esa conducta da a entender que aún no quiere obligarse, porque el mismo impide que surja la obligación; es decir, crea el título valor pero considera que solamente se obligará en momento determinado y oportuno. En tal caso falta la esencia del acto jurídico, no existe; la voluntad de negociar, esto es la voluntad de producir los efectos que le son particulares.

En consecuencia, si ese título entra en circulación sin la voluntad de obligarse de su creador, la inoponibilidad a los terceros poseedores de buena fe de la inexistencia de la voluntad o la inexistencia de una declaración vinculativa del autor del título, viene a confirmar que la normativa cartular es fundamentalmente inconciliable con la autonomía privada, es más, en el ámbito de ésta la voluntad es imprescindible, no puede obviarse, debe existir siempre, porque esa es la “causa” de la aplicación de una disciplina; mientras que en los títulos valores es irrelevante la voluntad²⁰.

¹⁹ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 677.

²⁰ SOLIS ESPINOZA, Jorge Alfredo. Obra citada. Páginas 31, 38, 39 y 40.

En Europa, el primer Código que incluyó la disciplina unitaria aplicable a todos los títulos valores fue el Código de obligaciones de Suiza modificado por la ley del 18 de diciembre de 1936, usando la definición hecha por Brunner. El Código de Comercio de Turquía, del año 1957 sigue la legislación Suiza. El Código Civil italiano del año 1942 establece la disciplina aplicable a todos los títulos de crédito. México fue el primer país en América Latina que incorporó al derecho positivo la disciplina legal de los títulos valores, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en 1932, luego el Código de Comercio de Honduras del año 1950 dedica a esa disciplina, la ley peruana No. 16587 de 1967 y el Código de Comercio Terrestre colombiano de 1972.

Francia sigue el sistema dual, disciplinando los llamados “efectos de comercio” y los “valores mobiliarios”, entre los que se encuentran las acciones y las obligaciones o debentures, los títulos de tradición (conocimiento de embarque, certificados de depósito, etc.) están reglamentados en los respectivos contratos que les dan origen.

Los Estados Unidos de América siguen el sistema tripartito, distinguiendo los títulos de participación “securities” de los títulos representativos de mercaderías, “documents of title” y los que sirven de medio de pago, letras de cambio, cheques o sea los “negotiable instruments”²¹.

2. DENOMINACION

En cuanto a su denominación, no hay uniformidad ni en la doctrina ni en la legislación. En Francia los efectos de comercio sirven para denominar a títulos de corto plazo, como las letras de cambio y cheques; y denomina valores mobiliarios cuando se trata de identificar títulos de largo plazo como las acciones y los bonos. En Alemania se les denomina Wertpapier que tiene

²¹ PÉREZ FONTANA, Sagunto. Obra citada. Páginas 19, 20 y 21.

un significado de papier valeur en francés y título valor en español. En Italia se les denomina Título de crédito. El Código Suizo usó en el idioma alemán werpapier; en el idioma italiano titoli di credito; y en el idioma francés papier valuers. En España se usó la terminología títulos de crédito. Winizky ha desarrollado la teoría de los títulos circulatorios, en razón a su finalidad²².

Se ha objetado, con la expresión título de crédito, que ella alude a una sola de las variedades de esta clase de documento: a los títulos de contenido crediticio, es decir, a aquellos que imponen obligaciones que dan derecho a prestaciones en dinero u otra cosa cierta. En cambio, se confiere a la expresión título-valor una acepción más amplia, pues hace referencia a distinta clase de prestaciones, cuyo contenido son diversos valores patrimoniales y no solo el crédito. Así, hay títulos representativos de mercaderías o de derechos sobre ellas o de servicios, o un conjunto de derechos de participación, o un status de socio, según se ha expresado²³.

Garrigues dice que una parte de la doctrina española habla de títulos de crédito. Pero esta denominación es poco comprensiva, porque, por un lado, no alude a otro aspecto distinto del crédito, cual es la denominación jurídica de la cosa misma, propia de los títulos llamados de tradición; mientras, por otro lado, existen títulos (acciones de S.A.) que no atribuyen un solo derecho de crédito a su titular, sino más bien un conjunto de derechos subjetivos, que componen una cualidad o posición jurídica compleja; por esta razón, prefiere el nombre de títulos-valores para designar jurídicamente ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparablemente del título mismo²⁴.

²² MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica. Lima Julio 2000. Página 7.

²³ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 15 – 16.

²⁴ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987. Página 85.

Solís Espinoza dice que la denominación título valor expresa con precisión la amplia variedad de títulos que forman parte de esa categoría jurídica. En efecto, la mencionada aceptación no solamente comprende a los títulos representativos de crédito, sino también a los de mercaderías, e incluso tanto más al título representativo de participación; en cambio, la expresión literal de “título de crédito” contiene un significado limitado solamente a los títulos representativos, de un derecho de crédito, de modo que esta terminología es inadecuada y aparece insuficiente para definirla²⁵.

Las denominaciones han estado ligadas a la existencia de un soporte papel, a un cartón, aspecto que actualmente se encuentra superado con la existencia de los títulos desmaterializados, por lo que quizás el término título valor no resulte el adecuado para identificar lo desmaterializado (sin papel, electrónico) con un mero registro en cuenta²⁶.

En el derecho cambiario moderno se reconocen e identifican como género a los valores negociables y como especie: a los en título o títulos valores y, a los valores electrónicos, que la propia ley del mercado de valores, decreto legislativo 861, los denomina “anotaciones en cuenta y registro”²⁷. Es por ello que consideramos que la denominación de “valores negociables” como género, es el más adecuado, estando integrado por los valores materializados o títulos valores y los valores desmaterializados o valores representados en cuenta.

²⁵ SOLIS ESPINOZA, Jorge Alfredo. Temas sobre derecho cartular. Idemsa. Lima 1995. Página 13.

²⁶ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Obra citada. Página 7 – 8.

²⁷ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica, Lima 2000. Página 8.

3. CONCEPTO

El actual artículo 1 de la Ley No. 27287, alude a “valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales” evidenciando el abandono a la concepción típicamente cartular, ya que pueden también existir títulos valores “desmaterializados”²⁸. Ello analizaremos a continuación.

A. VALORES MATERIALIZADOS

La definición clásica lo hizo Vivante expresando que el título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo²⁹.

Broseta Pont dice que en la doctrina inglesa se destaca que el título valor (negotiable instrument) contiene “una promesa de pago, exigible por cualquier poseedor de buena fe, al que no podrán oponerse excepciones personales derivadas del anterior poseedor”. En la doctrina italiana destaca por su valor descriptivo la definición de Asquini, en cuya opinión, título valor (titolo di credito) es “el documento de un derecho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho al propietario del documento”. Finalmente, en la doctrina española el profesor Garrigues lo define diciendo que “título valor es un documento sobre un derecho privado, cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento”³⁰.

Uría expresa que se denominan títulos de crédito a una serie de documentos que tienen como nota común de incorporar una promesa

²⁸ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 43.

²⁹ VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Volumen III, Editorial Reus. Madrid 1936. Páginas 136 – 137.

³⁰ BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecno. Madrid 1983. Página 542.

unilateral de realizar determinada prestación a quien resulte legítimo tenedor del documento³¹. Es un documento representativo de un derecho, en tanto que el título se convierte en el derecho mismo y también constituye una declaración de voluntad emitida por alguien, de donde se infiere que no solamente es representativo en sí, sino también constitutivo y dispositivo de un derecho³².

Sánchez Calero, reproduciendo la definición de Vivante, dice que el título-valor es el documento esencialmente transmisible necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado³³.

Para la nueva ley de Títulos Valores los valores materializados (títulos valores en sentido estricto) son documentos de carácter formal que representan o contienen (incorporen) derechos patrimoniales y que están destinados a la circulación (Artículo 1).

B. VALORES DESMATERIALIZADOS

a. Problemática

La gran difusión en el moderno tráfico jurídico mercantil de los títulos valores, y, en especial, de los valores mobiliarios, ha puesto en evidencia la insuficiencia del mecanismo tradicional de la incorporación del derecho al título o soporte documentado en papel para atender las nuevas necesidades, iniciándose así un proceso de crisis.

³¹ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 833.

³² MONTÓYA ALBERTI, Hernando. . Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica. Lima Julio 2000. Página 6.

³³ SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1986. Página 333.

Crisis propiciada por la excesiva manipulación y movilización de documentos de un lado a otro en el mercado financiero, básicamente en aquellos sectores del mismo (bursátil y bancario). De acuerdo a OLIVENCIA citado por Valenzuela Garach dice que "las ventajas del papel acababan desembocando en los inconvenientes del papeleo"³⁴.

El enorme volumen de títulos que actualmente son objeto de transacciones en bolsa, ha obligado a que en la mayoría de los países, se sustituya el documento, soporte del derecho, por una anotación contable. Se debe aclarar que esta problemática solamente afecta a aquellos títulos que son cotizados y negociados en los mercados de valores. Lo que significa que la aparición de los valores representados en anotación de cuentas no constituye, una alteración universal del concepto de título valor.

b. Antecedentes

Las legislaciones modernas que regulan a estos valores han seguido diversos sistemas el primero arranca de la ley alemana de 1937 sobre el depósito colectivo de valores, que establece una copropiedad por cuotas para los propietarios primitivos sobre el conjunto de títulos depositados. Francia siguió el sistema desde 1941, imponiendo el depósito obligatorio de los títulos en una Caja Central de las acciones al portador, organismo que se sustituyó por otro interprofesional para la compensación de valores mobiliarios que se llamó SICOVAM; Bélgica en 1967 y Suiza en 1971 establecieron el depósito colectivo, en España el 25 de abril de 1974 creó un nuevo sistema de liquidación y compensación de valores cotizables y un depósito bancario de estos valores, siendo la nota esencial de este depósito la fungibilidad de los títulos depositados, es decir la posibilidad de restituir otros de numeración distinta. A este depósito se le denomina "depósito especial"³⁵. En el Perú esta

³⁴ VALENZUELA GARACH, Fernando. La Información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1993, p.98.

³⁵ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 90 – 91.

institución lo introdujo el Decreto Legislativo 755, siendo reconocida en el Decreto Legislativo 861, asimismo, la Ley General de Sociedades y finalmente la Ley de Títulos Valores.

c. Fenómeno de la desmaterialización

Con la desmaterialización se busca darle mayor agilidad, eficiencia, seguridad y disminución de costos al mercado de valores a efecto de lograr un mejor desarrollo del mismo. El adelanto de la ciencia ha trascendido el umbral de los títulos valores, y ha traído como consecuencia que la tecnología brinde nuevos métodos de representar valores, reformulando los conceptos jurídicos en los que descansaba el derecho cartular o derecho cambiario; el adelanto tecnológico ha obligado a revisar los postulados consagrados en el derecho cambiario y aceptar nuevas perspectivas, situaciones y registros en los que reposan derechos valorizables y negociables, no obstante ello, es preciso otorgarle efectos jurídicos negociables. Este avance tecnológico induce a reconocer la posibilidad de desmaterializar los títulos valores, prescindiendo del papel como único elemento existencial del título, de la firma y de los sellos, que tradicionalmente se les ha venido otorgando con un carácter insustituible, para sustituirlo por un sistema que brinde confianza en su emisión y transmisión³⁶.

La desmaterialización puede describirse "como el fenómeno de pérdida del soporte cartular por parte del valor incorporado, optando por la alternativa de su documentación por medios contables o informáticos"³⁷.

Con la desmaterialización o con la inmovilización de los valores se elimina las inexactitudes derivadas de procesos manuales y del trasiego físico de

³⁶ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica. Lima Julio 2000. Página 5.

³⁷ VALENZUELA GARACH, Fernando. Obra citada. página 96.

títulos, en igual forma con la desmaterialización se disminuyen una serie de costos asociados al uso de papel³⁸.

La desmaterialización implica la prescindencia del soporte material o papel para hacer constar el valor en un registro o hacer que éste tenga un soporte electrónico o virtual, la desmaterialización de los títulos valores se efectúa mediante las anotaciones en cuenta y la inscripción correspondiente de éstos en el registro contable que lleve una institución de Compensación y Liquidación de Valores. Los valores que generalmente se representan por anotación en cuenta son las acciones, las obligaciones y derechos de suscripción preferente. Las anotaciones en cuenta cumplen una importante función, pues, a través de ellas se agiliza y se brinda seguridad al tráfico jurídico mercantil y a los derechos así representados. Esta modalidad de representación consiste en sustituir el papel por una técnica que recurre a una simple anotación del derecho en un registro contable³⁹.

La anotación en cuenta constituye un sistema que, utilizando básicamente las modernas técnicas informáticas, suprime el movimiento de masas ingentes de papel y devuelve a los mercados de capitales la agilidad que habían perdido. Las anotaciones en cuenta suponen, una técnica de representación de posiciones jurídicas alternativa a la tradicional de los títulos valores, que, como ésta, imprime un particular régimen al ejercicio y a la transmisión de los derechos que se instrumentan a través de ellas⁴⁰.

³⁸ GARCÍA KILROY, Catiana. Apuntes para la Liquidación de Valores, San José, Costa Rica, 1998, p.134.

³⁹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 61.

⁴⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1992, p. 322.

d. Valores Sujetos a la representación en cuenta

Resulta pertinente manifestar que la representación de valores mediante anotaciones en cuenta no puede extenderse a todos los títulos valores, encontrando su natural marco de aplicación en los valores mobiliarios o valores emitidos en masa o serie (con igual contenido de derechos). Por ejemplo los llamados títulos de inversión, como las acciones y obligaciones (bonos o papeles comerciales) de las sociedades anónimas y los títulos de deuda pública. Ciertamente, el carácter fungible de los mismos los hace idóneos para no contar con más soporte que el asiento contable.

e. Características

- Como se ha analizado, el régimen jurídico de los valores representados mediante anotaciones en cuenta es el propio de los valores mobiliarios, pues con las anotaciones en cuenta continúan utilizándose las terminologías y referencias esencialmente coincidentes con las establecidas respecto de los títulos valores. Así tenemos: a) Se mantiene el recurso al término representación; b) Se atribuye a los valores representados la nota de fungibilidad, propia de los bienes muebles; c) Se reconocen tanto el vínculo entre el valor y su anotación, cuanto el efecto constitutivo del asiento contable; d) Se atribuye a la inscripción efectos de tradición, pues la transmisión del valor se produce por transferencia contable; e) Se presume la titularidad por la inscripción registral; y f) Se prevé la constitución de derechos reales sobre los nuevos valores.⁴¹
- Desde un punto de vista dogmático, las consecuencias que sobre los principios de literalidad, autonomía y legitimación del titular inscrito caracterizan el régimen propio de los títulos valores. a) La literalidad de las anotaciones contables puede ubicarse dentro de la clase conocida como "literalidad por remisión o indirecta", debiendo incluir la anotación,

⁴¹ VALENZUELA GARACH, Fernando. Obra citada. página.109.

los elementos distintivos de su emisión y clase, así como la referencia a la escritura de emisión en la cual se contienen todas las circunstancias del derecho anotado. En la escritura habrá de reseñarse la denominación, número de anotaciones, valor nominal y cualesquiera otras características que determinen el contenido del derecho. b) En cuanto a la autonomía, se ve reflejada, en la posición de los sucesivos adquirentes, al establecer la oponibilidad de la adquisición frente a terceros desde la inscripción, la irreivindicabilidad y la limitación de excepciones. c) Es indudable que la posesión del valor se realiza en distintas formas en las representaciones cartulares y contables, de ahí que se desprenda un distinto régimen circulatorio, así, mientras la protección del adquirente queda perfecta en el primer caso gracias a los instrumentos jurídico-reales, en cambio en el segundo caso, se hace precisa la colaboración de las disposiciones reguladoras de los mercados. d) Por último, en relación a la legitimación, se da al equipararse la inscripción de la transmisión, a la tradición de los títulos y la inscripción de la garantía al desplazamiento posesorio.

- La transmisión de los valores representados mediante anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos y hará oponible a terceros la transmisión desde el momento en que se efectúe. La adquisición de los valores a título oneroso por tercero de buena fe de quien, según el registro, estaba legitimado para transmitirlos, no está sujeta a reivindicación.
- La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta ha de inscribirse en el registro correspondiente, para ser oponible a terceros. La inscripción equivale al desplazamiento posesorio del título.

- Los asientos de los registros contables legitiman: –activamente, a la persona que conforme a ellos, resulte titular del valor anotado, para ejercer y transmitir los derechos atribuidos por éste;– pasivamente, a la entidad emisora (que actúe de buena fe y sin culpa grave), para liberarse mediante el cumplimiento en favor del titular registral. La legitimación para el ejercicio o la transmisión de los derechos derivados de los valores anotados, podrá acreditarse mediante la exhibición de los certificados expedidos por las entidades encargadas de la llevanza de los registros contables.
- En cuanto a efectos jurídicos, podemos señalar los siguientes:
 - a) Constitución del derecho: Los derechos derivados de los valores representados mediante anotaciones en cuenta nacen desde la inscripción en el registro contable.
 - b) Transmisión de valores: la transmisión tiene lugar a través de transferencia contable, de forma tal que no se entiende efectuada la transmisión hasta que se produce la anotación en la cuenta del adquirente.
 - c) Principio de protección del adquirente o irreivindicabilidad: el tercero que adquiera a título oneroso, valores representados mediante anotaciones en cuenta de persona, que según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos, no estará sujeto a reivindicación, salvo que hubiera obrado en el momento de la adquisición con mala fe o culpa grave.
 - d) Legitimación a través de la inscripción en favor de una persona, pudiendo exigir, quien figure en las anotaciones contables de la sociedad emisora, la realización de las prestaciones derivadas del valor, lo que sirve asimismo para poder efectuar las transmisiones del citado valor. A este efecto, deben expedirse los certificados de titularidad, por parte de las entidades encargadas de los registros

contables. Dichos certificados tienen las siguientes funciones y características: sirven de instrumento de acreditación de la titularidad, para la transmisión de los valores y para el ejercicio de los derechos derivados de los mismos, no confiriendo derechos adicionales. No son títulos valores, se prohíbe la realización de actos de disposición que tengan por objeto los certificados. La restitución de un certificado anterior es requisito legal para que las entidades encargadas de los registros contables efectúen las inscripciones relativas a inscripciones y gravámenes.

4. CARACTERÍSTICAS DEL TÍTULO VALOR

A. Derechos patrimoniales incorporados

Los títulos valores contienen un derecho patrimonial incorporado que puede ser una orden de pago, un crédito, un conjunto de derechos, derecho de propiedad o diversas prestaciones. Son relaciones jurídicas que tienen vida propia. Así por ejemplo, Montoya Manfredi dice que los cheques, sustituyen, en cierta forma, a la moneda como instrumento de pago; otros promueven o facilitan las ventajas del crédito, como la letra de cambio; otros contienen un complejo de derechos de participación, un status, como las acciones de las sociedades; y, finalmente, otros confieren derechos sobre cosas o prestaciones de servicios, como los warrants y las cartas de porte⁴².

B. Destino circulatorio

Giuseppe Ferri dice que en los títulos de crédito no hay transmisión del derecho de crédito, y más que de circulación de crédito podría hablarse de una circulación de la posición de acreedor. Esta destinación inicial a la circulación, ínsita en la voluntad del creador del título, constituye la

⁴² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Editorial Desarrollo. Lima, 1982. Página 14

esencia del título de crédito, el elemento discriminante y del cual derivan las características propias de la disciplina, pero constante y presente en todos los títulos de crédito está la voluntad de crear un título circulatorio”⁴³.

Winizki los denomina “títulos circulatorios” fundándose en que el fenómeno económico de la circulación es el denominador común de todos los documentos que se integran en la teoría general autónoma que gobierna esta clase de instrumentos y que son exigencias económicas las que han obligado a facilitar y asegurar esa circulación, innovando hasta en las concepciones jurídicas más tradicionales, como ocurre con la fundamental y revolucionaria figura del endoso⁴⁴.

Giuseppe Ferri dice que dicha destinación a la circulación admite la posibilidad de limitación impuesta por la voluntad del suscriptor, y en tal sentido el título pierde la calidad de título circulatorio”⁴⁵. Por su parte, Pino Carpio, citado por el maestro Montoya considera que, cuando expresa que el hecho de que el documento emitido no circule y se quede en poder del primitivo girado (ha querido decir girador), no atenta contra su destino; pues la esencia del título-valor es que puede circular; mas no que en realidad circule. La virtualidad de la circulación de un título-valor nace de la promesa unilateral, sincera y de buena fe, que hace el librador del documento de que la obligación que éste contiene será pagada a quien al final de la circulación resulte el titular del crédito frente al titular de la obligación⁴⁶.

En conclusión, estos documentos circulan con gran intensidad en el tráfico económico, tienen fácil realización del crédito que ellos contienen,

⁴³ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Páginas 677 y 678.

⁴⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley.... Página 17.

⁴⁵ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 677.

⁴⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 17.

están destinados a la circulación, aunque no circulen.

Hernando Montoya dice que la ley de títulos valores excluye de la aplicación de su normatividad a los boletos, contraseñas, fichas, tarjetas de crédito o débito u otros documentos análogos que carezcan de aptitud o destino circulatorio y que sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene el derecho de exigir la prestación respectiva, consagrándose así la esencia de la circulación de los títulos para ser calificados como títulos valores⁴⁷. A dichos instrumentos se le conoce como títulos valores impropios, que son documentos que contienen la promesa de realizar un servicio (“facere”) o de entregar una cosa (depósito) o incluso una suma de dinero. Estos títulos no son creados para circular ni para ser transmitidos, sino que permite que el acreedor pueda fácilmente recurrir a elementos extrínsecos del documento para determinar la titularidad y el contenido del derecho; asimismo, que el deudor se libere si paga al verdadero acreedor, aunque éste ya no posea el documento; el deudor puede negarse a cumplir exigiendo a quien exhibe la contraseña la prueba de su titularidad. En definitiva, los títulos valores impropios son simples documentos que tienden a facilitar “inter partes” la ejecución de una relación obligatoria, procurando al deudor una fácil y rápida liberación de su deuda o al acreedor una pronta y exacta obtención de la prestación que le es debida⁴⁸.

C. Documento formal

Según DESEMO, citado por Silva Vallejo, el Título de crédito, “aparte de ser un documento especial es también un documento formal que obedece a los requisitos de forma prescritos por la ley bajo conminación de la invalidez del título como tal”. “No basta, por tanto, la escritura, sino que son necesarias todas las indicaciones que la ley requiere para que el título de crédito asuma

⁴⁷ MONTTOYA ALBERTI, Hernando. Obra citada. Página 6.

⁴⁸ BROSETA PONT, Manuel. Obra citada. Página 547.

un determinado tipo y pueda considerar regular y, por lo tanto, despliegue la eficacia que le es propia”⁴⁹.

El Artículo 1 numeral 1.2 dice que la falta de un requisito formal esencial destruye la eficacia del título valor como tal, pero no invalida el acto jurídico que dio origen a la creación o transferencia del documento.

5. RELACIÓN CAUSAL Y RELACIÓN CARTULAR O CAMBIARIA

En la relación documental o cartular se descubre la doble relación jurídica a quienes intervienen: una relación causal, básica o fundamental, que es el negocio jurídico subyacente que generó la relación entre las partes, que puede ser una compraventa, un préstamo, una donación, etc.; y por otra parte, relación cartular, resultante del documento emitido, con características y efectos propios, que origina acciones también diversas de las que resultan de la relación fundamental o básica. Por ello, dice Montoya Manfredi, la falta de un requisito formal destruye la eficacia del título-valor como tal, pero no invalida el acto jurídico que dio origen a la creación o transferencia del documento⁵⁰.

a. Relación Básica o fundamental.-

La emisión del título se debe normalmente a la existencia de una relación previa (llamada subyacente o fundamental) (v. gr. Un comprador, que debe el precio al vendedor, le entrega un cheque). La relación fundamental se dice en expresión equívoca que es causa de la emisión del título⁵¹.

⁴⁹ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 666.

⁵⁰ MONTAYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 18.

⁵¹ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 338.

b. Relación Cartular.-

Ascarelli, sostiene que la declaración cartular es una declaración distinta de la relativa a la relación fundamental y respecto a la declaración cartular el documento tiene un valor constitutivo que origina que esta declaración sea una expresión de voluntad, fuente de un derecho autónomo, cuyo ejercicio y transmisión están en función de la presentación y de la transmisión del título es siempre distinto del basado en la relación fundamental⁵². La relación cartular tiene diferentes efectos, dependiendo si estos títulos son abstractos o causados.

• Títulos Abstractos

El derecho incorporado es autónomo en el sentido de que cuando se transmite el título corresponde al nuevo adquirente un derecho que es independiente de las relaciones de carácter personal que hubieran podido existir entre los anteriores titulares y el deudor, siempre que haya existido buena fe⁵³. En algunas categorías de títulos de crédito, esta separación llega a traducirse en la misma abstracción del derecho cartular. Cuando el derecho cartular es abstracto puede tener un titular distinto de aquel a quien pertenece el derecho derivado de la relación fundamental, teniendo, por tanto, los dos derechos una circulación independiente⁵⁴.

Los títulos abstractos son aquellos en los que no se menciona la relación fundamental y su creación puede deberse a relaciones de diversa naturaleza (La entrega de un cheque puede ser para el pago de una compraventa, de un préstamo, del alquiler, etc.).

⁵² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 68.

⁵³ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 336.

⁵⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 68.

Se debe tener en cuenta que en las relaciones entre el que emite el título y su primer tenedor, aquél puede alegar ante éste las excepciones u obstáculos que deriven de la relación fundamental que le liberen del cumplimiento de la obligación incorporada al título (el comprador extiende una letra para el pago de las mercancías al vendedor, que luego éste no envía, si el vendedor exige el pago de la letra, el comprador alegará el incumplimiento de la otra parte de la entrega de esas mercancías), pero estas excepciones, que se consideran de carácter personal, no son oponibles al tercer poseedor de buena fe del título (en el ejemplo anterior si la letra se transmite a un tercero, que al adquirirla no ha obrado en daño del deudor, éste no podrá oponer que no se entregaron las mercancías⁵⁵).

- **Títulos Causales**

Cuando el derecho cartular es un derecho causal, la declaración del deudor resulta derivada de la relación fundamental, y, por tanto ambos derechos, aunque distintos, circulan juntos, perteneciendo necesariamente al mismo titular. En estos documentos causales, sólo se produciría la autenticación de la relación fundamental, y de ahí que el titular del título puede gozar precisamente del derecho derivado en la relación fundamental, de acuerdo con lo que está declarado en el título⁵⁶.

Son títulos causales los títulos que hacen referencia a otros contratos, por ejemplo las acciones, se encuentran ligadas necesariamente con la escritura de constitución de la sociedad; Asimismo, el conocimiento de embarque se remite a la póliza de fletamento para la regulación del flete y de las estadías, o los bonos y papeles comerciales, las reglas acerca del pago de los intereses hace referencia a la escritura de emisión⁵⁷.

⁵⁵ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Páginas 336 y 338.

⁵⁶ MONTROYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 69.

⁵⁷ VIVANTE, César. Obra citada. Página 137.

Como se aprecia, los efectos de la relación se fundamenta sobre el título causal, que consiste en el sometimiento del derecho incorporado al título, a la disciplina de la relación fundamental (así en la carta porte o el conocimiento de embarque los derechos que se incorporan al título están disciplinados por las normas del contrato de transporte)⁵⁸

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TITULOS VALORES

A. Teoría contractualista

Para unos, se origina en un negocio bilateral entre el emitente y el tomador. Pero, como el título-valor está destinado a circular, se modificó la teoría original y se argumentó que el contrato era entre el emitente y un sujeto indeterminado. Se acusa a las teorías contractualistas de llevar a la consecuencia inadmisibles de que los vicios del contrato han de repercutir completamente y siempre sobre la obligación cartular y el derecho que le corresponde, aunque el título se encuentre en poder de un poseedor que haya sucedido al primer tomador. Además, las teorías contractualistas no explican cómo el acreedor de la prestación mencionada en el título resulta siendo, casi siempre, un tercer poseedor con derecho a exigir la prestación cartular sin haber tenido relación contractual con el emisor del título.

B. Teoría del negocio unilateral

La teoría del negocio unilateral toma en cuenta el momento en que se origina la obligación cartular como promesa unilateral, que, según algunos se perfecciona en el momento de la emisión del título; y según otros, en el momento de la declaración no recepticia, cuya eficacia está condicionada al hecho de la desposesión. La teoría unilateral de la emisión, responde al propósito de garantizar a todo acreedor subsecuente una posición

⁵⁸ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 338.

autónoma, y explica en todo caso y de un modo conforme a las exigencias prácticas y a los principios del derecho, cómo nace, en el caso de un primer tomador incapaz, el derecho del poseedor subsecuente, aun respecto al adquirente por título originario.

C. Teoría de la legalidad

Sostiene que la obligación literal y autónoma que nace cuando comienza a circular el título, proviene de la ley.

D. Posición Mixta

Una posición mixta, que considera que acto de emisión o de creación constituye un negocio jurídico (contrato de promesa unilateral), productivo de efectos típicos, en relación al tercero poseedor de buena fe, aparte, desde luego, de las relaciones inmediatas entre el suscriptor y el tomador, que se rigen por el negocio jurídico que dio origen al título⁵⁹.

El documento tiene función probatoria, pues sirve para fijar la declaración de voluntad emitida por el obligado, facilitando la prueba de la relación jurídica al titular del derecho subjetivo.⁶⁰ El título-valor no es un documento de prueba, es un título inherente al ejercicio del derecho. La diferencia se ve clara en el contrato de transporte marítimo, la póliza de fletamento menciona los derechos del fletante y los del fletador pero estos derechos pueden hacerse valer por otros medios de prueba. El conocimiento de embarque es el título indispensable para exigir la entrega de las mercancías⁶¹.

⁵⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 30 – 31.

⁶⁰ PÉREZ FONTANA, Sagunto. Obra citada. Página 50.

⁶¹ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987.. Página 86.

Tiene también una función constitutiva, surge de él un derecho típico, el derecho cartular, que en algunos casos se vincula con la relación llamada fundamental, y en otros se desprende totalmente de ésta, resultando que las relaciones derivadas de ese vínculo son inoponibles a los terceros tenedores del documento. No constituye una excepción al carácter constitutivo del título, el que, en el caso de las sociedades anónimas, el derecho del socio a obtener las acciones deriva del contrato de sociedad, pues el carácter constitutivo, así como los demás del título-valor, deben considerarse, fundamentalmente, no en las relaciones entre el emitente y el tomador, sino en las relaciones entre el librador y el tercer poseedor de la acción, a quien solo la posesión calificada del título-acción acuerda la calidad de socio.

Es, asimismo, título dispositivo, en el sentido de que, debido a la relación entre el documento y el derecho, es necesario disponer del título para obtener la prestación en él prometida del carácter dispositivo del título deriva el derecho del deudor a que se le restituya el documento una vez que cumplió la prestación⁶².

La eficacia de la obligación derivada del título exige que la voluntad del deudor se manifieste en las formas requeridas por las reglas de la institución de la que el título depende. Pero, está sola manifestación de voluntad es insuficiente. Todavía es necesario que la declaración unilateral de voluntad incluida en el título no quede a la decisión del deudor, sino que ella sea exteriorizada en las condiciones que el impriman un carácter definitivo⁶³.

En los títulos valores el nacimiento del derecho puede o no ir ligado a la creación del título (hay títulos valores dispositivos, letra de cambio, y no dispositivos, acción de la sociedad). Pero el ejercicio del derecho va indisolublemente unido a la posesión del título. Esto es consecuencia de que en los títulos-valores el derecho y el título están ligados en una conexión

⁶² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 31.

⁶³ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 32.

especial, distinta de la propia de los demás documentos relativos a un derecho, en ellos la comunidad de destino entre el título (cosa corporal) y el derecho (cosa incorporal) es absoluta, como es distinto el sentido de la relación de dependencia entre ambos elementos. En los títulos ordinarios el documento es accesorio del derecho: quien tiene el derecho, tiene también el derecho a obtener el título. En los títulos-valores el derecho es accesorio al título: quien tiene el título es titular del derecho y no hay derecho sin título.

La dependencia es aquí del derecho respecto al documento. Y como el documento es una cosa mueble, el derecho queda sometido al tratamiento jurídico de las cosas muebles. Con ello se amplía el ámbito del derecho de cosas al extenderlo a las cosas incorporales (derecho de los títulos-valores) y al introducir en él una nueva especie de cosas (el título), cuyo valor no reside en sí mismo, sino en el derecho que documenta⁶⁴.

7. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LOS TÍTULOS VALORES

Como se ha analizado, el título o documento (material o tangible) va unido al derecho (intangible); la forma de lograr la tangibilidad del derecho es por vía del título valor, desarrollándose varios principios propios del derecho cambiario, como la literalidad, incorporación, autonomía, legitimidad activa y pasiva y la buena fe como condición de legitimación que reconocen la doctrina⁶⁵.

A. La incorporación.-

El derecho que deriva del título-valor se encuentra como adherido al título, sin el cual ese derecho no puede circular. Por eso se habla del “título-valor”, o sea, el valor, es decir, el derecho, unido indisolublemente al documento

⁶⁴ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Páginas 86 y 87.

⁶⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 43.

que lo contiene, sin el cual no puede hacerse valer. Por esto, a la incorporación se le ha llamado también compenetración o inmanencia⁶⁶.

Cuando hablamos de “incorporación de derecho al título” se emplea una expresión puramente metafórica; quiere decir que el título, como cosa corporal, y el derecho documentado, como cosa incorporal, aun cuando sean cosas distintas, se ofrecen en el tráfico como si fuera una cosa⁶⁷.

La incorporación del derecho al documento hace más fácil y segura la circulación de los derechos, porque permite una esencial transmutación jurídica: la cesión de derechos se convierte en una transmisión de cosas muebles a cuyo régimen jurídico el documento (título valor) se somete. La solución del Derecho mercantil a la exigencia de que los derechos se transmitan de forma rápida y segura se logra mediante la incorporación, porque por los derechos circulan eludiendo las reglas de la cesión de créditos, sometiéndose a las reglas de la transmisión de las cosas muebles.

El tráfico de derechos se convierte así en un tráfico de cosas muebles (protegido por el principio de tutela a la posesión de buena fe), cuyo régimen jurídico contiene grandes ventajas; la posesión de buena fe equivale al título; el adquirente poseedor de buena fe obtiene la propiedad del documento (título valor); la propiedad del documento confiere la titularidad del derecho incorporado; la simple posesión del documento legitima al poseedor para exigir del deudor el cumplimiento del derecho incorporado⁶⁸.

El derecho que se incorpora es frecuentemente un derecho de crédito que entraña la pretensión de una prestación dineraria. Pero esto no es necesario, pues el título puede incorporar un conjunto de derechos de distinta naturaleza (como sucede en el caso de las acciones) o un derecho relativo a

⁶⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 20.

⁶⁷ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 87.

⁶⁸ BROSETA PONT, Manuel. Obra citada. Página 542.

cosas individualizadas (mercancías, en el supuesto de conocimientos de embarque, resguardos de depósitos, etc.). Por esta razón resulta preferible el término título-valor a título de crédito⁶⁹.

Si el valor incorporado es una suma de dinero (derecho de crédito) es una suma de dinero debe señalarse la respectiva unidad o signo monetario. Si existe diferencia del importe entre el expresado en letras o en números o mediante codificación, prevalecerá la suma menos. Si la diferencia es la unidad monetaria, se entenderá que corresponde a la moneda nacional, si uno de los importes estuviese expresado en dicha moneda. Si no consigna la unidad o signo monetario carece de la calidad y efecto de título valor (artículo 5). Esta regla concierne a los títulos crediticios y no a los representativos de mercaderías, en los que puede no haber referencia a importe, sino a cantidad.

De ello se deduce que todo título valor se compone de dos elementos: uno corporal, material, el corpus que es el documento y otro, inmaterial, el derecho que en él se menciona o sea la declaración cartular, declaración unilateral de obligarse hecha por el creador del título⁷⁰

Se habla de documento necesario porque la posesión y la presentación o exhibición del mismo son indispensables para ejercitar el derecho. La incorporación del derecho al título trae como consecuencia que sólo el poseedor del documento pueda exigir y transmitir el derecho documental⁷¹. Los títulos valores requieren siempre la existencia de un documento que es el sostén del derecho que utilizando una metáfora se considera incorporado en el mismo de tal manera que sin el documento es imposible ejercitar el derecho del que titular está investido⁷².

⁶⁹ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 336.

⁷⁰ PÉREZ FONTANA, Sagunto. Obra citada. Página 15.

⁷¹ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 835.

⁷² PÉREZ FONTANA, Sagunto. Obra citada. Página 15.

B. La literalidad.-

Este principio significa que los derechos y correlativas obligaciones deben constar por escrito en el documento o en hoja adherida a él, porque son los términos señalados en éste los que determina el contenido y los efectos de tales derechos, así como la titularidad del tenedor legítimo y las prestaciones a cargo del obligado (el alcance y modalidades de los derechos y obligaciones). La hoja adherida deberá ser firmada por el primero que lo utilice de modo tal que comprenda dicha hoja y el documento. Derivado del principio de literalidad, las medidas cautelares. En otros títulos, por su naturaleza, como los nominativos, deben anotarse en la matrícula o registros del respectivo valor.

Según Desemo “la literalidad del título significa que este contiene una obligación y un correspondiente derecho conforme al tenor del documento”⁷³. El contenido de la declaración documental y a veces de la norma legal y de la relación causal que el emitente haya podido mencionar en el contexto del título, determina el contenido y la naturaleza del derecho, o de los derechos internos y de la obligación u obligaciones correlativas⁷⁴.

La literalidad opera exclusivamente de quien haya de ejercitar el derecho documental, sustrayéndole a posibles excepciones del deudor, basadas en elementos extraños al título. Su fundamento está en la confianza que pone quien recibe un título sobre la exactitud de su contenido según el tenor título mismo⁷⁵.

Se dice que el derecho expresado en el título es literal, porque su existencia se regula a tenor del documento⁷⁶; esto significa que la forma escrita es decisiva para precisar el contenido del título, su naturaleza y la modalidad

⁷³ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 667.

⁷⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 29.

⁷⁵ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 837.

⁷⁶ VIVANTE, César. Obra citada. Página 137.

del derecho mencionado en el documento. Ninguna condición que no resulte del tenor del documento puede hacerse valer mediante él. De este modo, lo que aparece literalmente en el documento resulta determinante respecto a la situación jurídica del titular⁷⁷. El derecho incorporado tiene la nota de la literalidad, lo que quiere decir que cuanto concierne al contenido de este derecho, sus límites y sus modalidades dependen de los términos en que ésta redactado el título⁷⁸.

Establezcamos, sin embargo, que el dato de la literalidad del derecho no aparece con la misma fuerza en todos los títulos. Cobra todo su valor en los títulos perfectos o completos, como la letra de cambio o el cheque, donde la incorporación del derecho al título es más absoluta⁷⁹. La literalidad del derecho es la característica propia de los títulos-valores perfectos, o sea aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título⁸⁰.

En los títulos llamados incompletos (acciones, obligaciones), que incorporan un derecho preexistente cuya vigencia y contenido se determinan por elementos extraños al título, la nota de literalidad queda debilitada⁸¹. En oposición a estos títulos perfectos (llamados jurídico-materiales), que también responden al concepto de título-valor y que incorporan un derecho preexistente cuya vigencia y modalidad se determinan por elementos extraños al título (ejemplo: acciones de una sociedad anónima, las cuales no representan más que un certificado relativo a los estatutos)⁸². Éstos títulos valores que se remiten a otros documentos extraños suelen denominarse títulos literales incompletos⁸³.

⁷⁷ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 21.

⁷⁸ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 336.

⁷⁹ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 837.

⁸⁰ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 95.

⁸¹ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 837.

⁸² GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 95.

⁸³ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 336.

Montoya Manfredi considera que en las acciones de las sociedades anónimas, el principio de la literalidad no sufre excepción por el hecho de no contenerse en el documento la integridad de los derechos que derivan de la condición de socio de esa clase de sociedades, pues en el documento se incluyen las referencias a otros instrumentos, como son la escritura de constitución social y el estatuto, con las modificaciones que se hubieran introducido en él. Más bien se trata de una literalidad atenuada, pero no ausente, porque del título resulta la referencia a otros documentos, que deben examinarse para el conocimiento completo de los derechos incorporados en el título-valor⁸⁴.

C. La autonomía.-

Este principio determina que cada uno de los sucesivos titulares del documento resulta vinculado en forma originaria con el obligado y no como un sucesor de quienes lo antecedieron en la titularidad del instrumento. Existe una relación real, objetiva, instrumentalizada, independiente de las relaciones extradocumentales (causas que pudieran haber determinado la creación o transmisión del título hasta llegar al último tenedor). Vivante afirma que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor⁸⁵.

Uría dice que el que adquiere un título antes del vencimiento adquiere una cosa material (el documento), a la que va inseparablemente unido un derecho (ius propter rem) que, como tal derecho, puede ejercitarse o no; adquiere, por tanto, la mera posibilidad de devenir acreedor y de ejercitar un derecho, o, si se quiere, un derecho potestativo, valiéndose del cual pueda

⁸⁴ MONTTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 21

⁸⁵ VIVANTE, César. Obra citada. Página 137

hacer propio el crédito. Por eso, cuando el título circula, renace ex novo en cada nuevo adquirente la facultad de devenir acreedor ejercitando la pretensión contenida en el título, que no fue ejercitada por nadie todavía, y solo en el último poseedor se da la titularidad del derecho de crédito que durante la circulación estuvo latente. (Derecho autónomo)⁸⁶

El principio de la autonomía determina que el derecho cartular incorporado en el título está destinado a encontrar a su titular en un sujeto determinable por medio de la relación real en que esa persona se encuentra con el documento. En esta forma, el derecho cartular queda fijado en cada uno de los sucesivos propietarios en forma originaria, en virtud de esa relación real, objetiva y no como consecuencia de un contrato o de un negocio.

Por la autonomía, el tenedor del título valor aparece acreedor originario del obligado y no como un sucesor de quien lo precedió en la titularidad del documento, independiente del derecho de los anteriores, al que no afectan las relaciones que hayan podido existir entre deudores y los tenedores precedentes, y al que no se le pueden oponer, por tanto, las excepciones personales de éstos⁸⁷.

La autonomía significa que la posición jurídica de las partes y los derechos que se transfieren en la serie de relaciones cambiarias generadas por el proceso de circulación de un título valor, son independientes entre sí⁸⁸. Resulta así que cada nueva adquisición del derecho cartular es independiente de las relaciones extracartulares, fundamentales o subyacentes que puedan haber determinado las adquisiciones precedentes.

⁸⁶ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Páginas 837 y 838.

⁸⁷ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 837.

⁸⁸ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Páginas 45 y 46.

La autonomía comienza a funcionar desde la primera transferencia posterior a la emisión y a favor de los terceros que adquirieron el título de buena fe. El derecho incorporado es autónomo en el sentido de que cuando se transmite el título corresponde al nuevo adquirente un derecho que es independiente de las relaciones de carácter personal que hubieran podido existir entre los anteriores titulares y el deudor, siempre que haya existido buena fe⁸⁹.

La autonomía permite que el derecho adquirido sea en muchas ocasiones de superior categoría, como cuando el derecho consignado en un título valor o en el título mismo estaba viciado por una causa de nulidad en el momento de transferirse el título el derecho, el adquirente del mismo lo adquiere totalmente saneado, rompiéndose con el principio del derecho civil en el sentido de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene; en materia de títulos valores sí se puede⁹⁰.

D. Legitimación Activa

La legitimación supone, en su aspecto activo, que el titular del derecho puede exigir el cumplimiento al obligado por el solo hecho de tenerlo⁹¹ o para transmitir válidamente el documento.

Es legitimado, el que tiene la posibilidad de hacer valer el derecho de crédito sobre la base del título, sin que necesite demostrar la real pertenencia del derecho de crédito. Debiendo tener la posesión conforme a la ley de circulación del título, y que es diversa en los títulos nominativos, en los títulos a la orden y en los títulos al portador.

⁸⁹ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 336.

⁹⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 46.

⁹¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 46.

Si la legitimación hace referencia a los requisitos que deben concurrir en un sujeto para ejercitar un derecho, la legitimación por la posesión aplicada a los títulos valores significa que en ellos la posesión es condición indispensable para ejercitar el derecho incorporado y, en consecuencia, para exigir del deudor-emisor del título la prestación debida.

La legitimación por la posesión establece la fictio iuris de que quien posee y exhibe el documento es titular del derecho, lo cual no es una aberración, sino una conquista del Derecho privado y moderno. Para Jacobi esta forma de agilizar la legitimación opera, no sólo a favor del acreedor al facilitarle y simplificarle de su obligación simplemente con probar que pagó al poseedor del título, aunque éste no fuera el titular del derecho.

En primer lugar, la posesión del título es requisito que por sí mismo legitima al tenedor para exigir el cumplimiento del derecho que incorpora, en los llamados títulos al portador (títulos “anónimos” o de “legitimación pura”) y ello aun en el caso de que la posesión sea de mala fe, siempre que el deudor desconozca esta circunstancia. En segundo lugar, la posesión del título es requisito indispensable para ejercitar el derecho a él incorporado, aunque no sea por sí sola suficiente, pero no es siempre condición suficiente, en los títulos a la orden y en los títulos al portador y es necesario pero suficiente por sí sola en los títulos a la orden y en los nominativos⁹².

En una clase de títulos, títulos al portador, la posesión legitima, sin necesidad de otra prueba, sea porque el deudor no está autorizado a investigar el derecho del poseedor, sea porque el deudor no está obligado a investigar ese derecho (títulos de legitimación puros). En otra clase de títulos, títulos a la orden, la posesión legitima, unida a una prueba relativa al derecho derivado del título y que se facilita por la fuerza legitimadora formal de ciertas cláusulas. En otra clase de títulos, finalmente, títulos directos, llamados “nominativos”, la posesión no legitima por sí misma de un modo

⁹² BROSETA PONT, Manuel. Obra citada. Páginas 544 y 545.

decisivo ni aun unida a pruebas suministradas por el título mismo: es necesario completar la legitimación por medio de la inscripción en un libro del deudor (títulos-valores incompletos).

La legitimación por medio de la posesión permite el ejercicio del derecho a personas a quienes no les está atribuido este. El titular aparente (apariencia engendrada por la posesión) puede exigir la prestación del deudor y es este quien tiene que probar su falta de derecho (inversión de la carga de la prueba).

Supuesta la posibilidad de separación entre el derecho (propiedad del título) y ejercicio del derecho (posesión del título), cabe que el derecho se ejercite por los titulares y por los no titulares.

Se deduce que la posesión del título es equivalente a la posibilidad de ejercicio del derecho luego será posible este ejercicio por quien no sea titular del derecho, con tal que sea poseedor del título. Esta es la consecuencia más importante de la legitimación por la posesión. Así como en el derecho de cosas en general pueden estar separadas la propiedad y la posesión de una cosa, propiedad sin posesión y posesión sin propiedad, y por consiguiente, marchar por caminos distintos el derecho y el ejercicio del derecho, así también en el derecho de títulos-valores puede existir derecho sin posibilidad de ejercicio (propietario despojado de su título) y ejercicio del derecho sin tener efectivamente derecho (posesión del título por el no propietario)⁹³.

El artículo 16 de la Ley dice que para exigir las prestaciones que en el título se expresa, éste debe ser presentado por quien resulte tenedor legítimo. El titular según la clase de título o ley de circulación (Portador, a la orden o nominativo) está habilitado para exigir las prestaciones del título, gravarlos y transmitirlos legítimamente. No sólo el título como bien mueble, sino los derechos o bienes

⁹³ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Páginas 89, 90 y 93.

que en ellos se mencionan, tal como lo prescribe el artículo 12 de la Ley de Títulos Valores.

E. Legitimación Pasiva.-

La legitimación en su aspecto pasivo, consiste en que el obligado se libera de su obligación por cumplir la prestación frente al tenedor del documento, siempre que éste tenga una tenencia legítima⁹⁴. El artículo 16 de la ley dice que el obligado que, sin dolo o negligencia, cumple las prestaciones contenidas en el título frente al legítimo poseedor, queda liberado aunque se trate de un titular aparente y no de la persona a quien, en el fondo, pudiera corresponder el derecho a la prestación.

La posesión del título Respecto del deudor, le dispensa de toda indagación sobre los extremos recién mencionados: el deudor que paga contra la presentación del documento paga válidamente; y, a la inversa: el deudor no está obligado a la prestación si no es mediante la exhibición del título. Para evitar que pueda ser obligado a pagar dos veces, se autoriza al deudor para reclamar el título una vez que pague (títulos de restitución o rescate).

Los títulos-valores son títulos de legitimación que dotan al tenedor, frente al deudor, de una apariencia jurídica, de tal suerte que el deudor puede, en cierta medida confiar en ella.

Así como la posesión engendra apariencia de propiedad en las cosas, en los títulos-valores la posesión, sola o unida a ciertas cláusulas legitimadoras, engendra una apariencia de titularidad legítima a favor del poseedor del documento y esta apariencia es suficiente para el comercio jurídico. La apariencia jurídica que el título valor engendra, actúa tanto a favor del deudor, le libera de la deuda si paga al que goza de la apariencia del

⁹⁴ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Página 46.

derecho, como a favor del acreedor, a quien asegura contra la excepción de que el deudor ha pagado al anterior acreedor después de la cesión del derecho o que ha llegado con él a un arreglo⁹⁵.

El titular del derecho cartular puede no estar legitimado para el ejercicio del derecho si no es poseedor de buena fe. El principio de la buena fe debe presidir las relaciones jurídicas en todos los casos. El tercero de buena fe, al adquirir el título, adquiere con él la propiedad. La simple posesión material del título no confiere la propiedad de él, ni por tanto la titularidad del derecho documentado, pero sí la posibilidad de hecho (legitimación), de ejercer el derecho y de poner el título en circulación, haciéndolo llegar a un tercero de buena fe. La buena fe significa que el tercero que la invoca para detener la acción del propietario desposeído, no ha incurrido en culpa grave el efectuar la adquisición.

La posesión de buena fe hace presumir la propiedad y, por tanto, la titularidad del derecho incorporado. Si quien transmite el título no tiene poder de disposición del mismo, el adquirente de buena fe adquiere la titularidad por no conocer que el trasmite carecía de ella. Pero, al hacer la adquisición debe tomar las elementales y usuales precauciones para asegurarse que el tradens tenía poder de disposición y no incurrir en culpa⁹⁶.

Hay circulación irregular cuando el título entra en circulación sin la voluntad o contra la voluntad de aquél que figura como creador, o por invalidez del negocio de transmisión o por efecto de desposesión involuntaria – sustracción, extravío o pérdida – o de falsificación de la documentación de transferencia. En los casos de referencia, quién entra en posesión del título no adquiere la propiedad, ni tampoco la titularidad del derecho documentado; pero sí la posibilidad de hecho –legitimación de ejercer el derecho o de poner el título en circulación, haciéndolo llegar a un tercer

⁹⁵ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Páginas 90, 92-93.

⁹⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 24.

adquirente de buena fe. En tal caso, interviene la regla que gobierna la circulación de las cosas muebles, esto es, la posesión de buena fe vale título, por la cual el tercero de buena fe adquiere el título y alcanza la propiedad de él. La acción de reivindicación del ex propietario despojado – por hurto, apropiación indebida, extravío- tiene que detenerse cuando se encuentra frente a un tercero adquirente de buena fe⁹⁷.

Este principio se refleja en nuestra ley especialmente en el artículo 15 que dispone que el tercero de buena fe, al adquirir el Título, adquiere con él la propiedad y no está sujeto a reivindicación. Asimismo el artículo 21 dispone que no tenga efecto la nulidad por intereses usurarios.

8. SUSCRIPCIÓN Y ALTERACION DE LOS TITULOS VALORES

Es indispensable la firma para la emisión, aceptación, transferencias o garantías del título valor. El artículo 6 de la ley prescribe que puede usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad. Puede ser suficiente la firma autógrafa por firma impresa, digitalizada u otro medio de seguridad si hay acuerdo expreso entre el obligado principal y/o las partes intervinientes o haberse establecido como condición de la emisión (artículo 6).

Se considera la posibilidad de sustituir la obligatoriedad de la firma del emitente, aceptante o endosante, por medio de procedimientos mecánicos o electrónicos, a fin de descargar a los encargados de instituciones de crédito o de entidades con fuerte movimiento de títulos-valores, de la labor de suscribir la ingente masa de estos documentos. El mismo artículo 6 de la ley, prescribe que junto a la firma, se deberá consignar su nombre, número de su documento oficial de identidad. Las personas jurídicas, además del número de su documento oficial de identidad deben consignar el nombre de sus representantes que suscriben el documento.

⁹⁷ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Obra citada. Páginas 44 y 45.

El Título Valor surte efectos contra las personas capaces que lo hubieren suscrito, aunque las demás firmas fueren inválidas o nulas (artículo 8). Es, pues, la autonomía e independencia de las obligaciones que emergen del título-valor lo que impide que la incapacidad de algunos de los que en él intervienen o que la falsedad o la nulidad de algunas de las firmas que en él aparecen, origine su invalidez total. De este modo, el tenedor del título-valor queda legitimado por una serie ininterrumpida de endosos, independientemente de si las firmas proceden de incapaces, son falsas o fraudulentas.

El artículo 7 de la ley dispone que el representante obliga al representado (natural o jurídica), pero si no tiene representación suficiente o excede sus facultades, se obliga personalmente. En este caso hay que determinar si existe un poder de representación suficiente, o si se trata de pseudo-representante o falsus procurator, porque la facultad de obligarse en nombre ajeno, o sea, como representante, no supone necesariamente la facultad de obligarse mediante un título-valor, sobre todo si éste es un título cambiario. Para poder obligar al representado se necesita poder especial. Pero en cambio, el falsus procurator queda obligado personalmente frente al tercero, en virtud de la confianza depositada en él. La ley comprende el caso tanto del que se presenta como representante sin serlo, como de quien, siéndolo, carece de facultades para obligar, en virtud del título-valor, a su representado, o sea el caso en que el representante se excede en sus facultades. Asimismo, comprende tanto el caso del representante legal, tutor, curador, gerente de sociedad, como el del mandatario. Como consecuencia del principio de la independencia y autonomía de cada una de las obligaciones que emergen del título valor, o sea, la suerte de una de las obligaciones no influye en las otras. De este modo, si una firma no vale por defecto de representación, el título es eficaz contra el pseudo-representante y sería también eficaz a otros obligados que hubieran intervenido en él⁹⁸.

⁹⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Páginas 32, 35, 36 y 37.

Finalmente, quien no suscribe personalmente o por medio de otro el Título Valor no asume la obligación aunque su nombre aparezca en el Título (numeral 6.3 del artículo 6).

El artículo 9 de la Ley de Títulos Valores establece que en el caso que el documento ha sido alterado, se considera que las firmas posteriores a la alteración importan responsabilidad en los términos del texto alterado. Las firmas anteriores a la alteración importan responsabilidad en los términos del texto originario (auténtico). Existe la presunción (Juris Tantum) de que la firma es anterior a la declaración alterada.

A quien presente el título no le es oponible, por el suscriptor posterior a la alteración, la excepción de alteración; mientras que ésta es excepción oponible –y oponible a quien quiera que sea- por el suscriptor anterior la alteración. Se destaca en esta forma una vez más el principio de autonomía e independencia de las obligaciones emergentes del título valor. Este produce sus efectos aunque las firmas sean falsas, o el texto alterado, en relación con quienes hubieran firmado antes o después de la alteración y según los términos del documento.

El hecho de que cada obligación tiene una existencia propia e independiente de las otras obligaciones que figuran en el título, origina que quien pone su firma en un título valor que ha sido alterado, se obliga en las condiciones establecidas en los documentos en la oportunidad en que firmó⁹⁹.

9. INTEGRACIÓN DEL TÍTULO VALOR

A. Reunión de los Requisitos para la validez de los Títulos Valores

El numeral 10.4 en concordancia con el artículo 1 de la Ley, dispone que el Título Valores para que tenga validez debe reunir los requisitos de ley,

⁹⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Páginas 38 y 39.

pudiéndose completar hasta antes de su presentación para su pago o cumplimiento.

Tulio Ascarelli dice que el momento en que deben coexistir todos los requisitos de un documento es en el momento en que sea usado, o sea, que los requisitos del título de crédito deben coexistir en el momento en que se invoca el derecho cartular, con base en el propio título”.

Entendemos que un título valor emitido en forma incompleta e integrado de acuerdo al convenio de llenado tiene plena validez, e inclusive, si ha sido llenado contra lo estipulado en el convenio y es transferido a un tercero de buena fe el título valor tiene plena eficacia, pero que sucede en el caso que haya sido emitido en forma incompleta y no exista pacto de llenado y se completase arbitrariamente. Frente a este problema encontramos una interpretación interesante, que a continuación detallamos.

Giorgio Oppo dice que existe nulidad definitiva y no la admisibilidad del perfeccionamiento sucesivo del título, cuando el acto volitivo del suscriptor se haya agotado en la creación de un documento en la creación de un documento cambiariamente inválido. Aquí hay voluntad cambiaria actual pero definitivamente ineficiente. Concluye Oppo, que en este caso, la tesis del derecho de integración, que le correspondería ex lege o ex título a cualquier poseedor del documento faltante de uno o más requisitos cambiarios es; desde todo punto de vista, inaceptable”.

El jurista mencionado hace diferencia entre título incompleto y título emitido en forma incompleta para ser llenado según convenio (intencionalmente destinado al llenado), señalando que no hay posibilidad de equiparación en el terreno dogmático, siendo la diferencia fundamental en que en el primero hay nulidad de la creación correspondiendo a un ciclo formativo cerrado, que se ha interrumpido sin conducir a la perfección cambiaria, mientras que el segundo corresponde a un proceso formativo abierto, pre-ordenado a la

perfección futura” y que deberá ser integrado de acuerdo al elemento extra-cartular de la voluntad del suscriptor. Si este elemento existe, hay poder jurídico de completar el título; si no existe, el llenado es un acto arbitrario”¹⁰⁰.

B. Integración de los Títulos Valores emitidos en forma incompleta

Según Desemo se puede definir a la cambial en blanco o Títulos Valores emitidos en forma incompleta el título privado, en el acto de su puesta en circulación, de uno o más requisitos esenciales no integrables por presunción de la ley, pero que lleva la firma de por lo menos un obligado cambiario y susceptible de ser completada por el tomador o por otro tenedor antes de la presentación.

Giorgio Oppo dice, citando a Carnelutti, que un documento está en blanco, cuando quien lo forma deja para un posterior momento la indicación de alguno de los elementos de hecho que el documento está destinado a representar y que está destinado a ser llenado más tarde, y según Rocco, por el tomador, según los pactos convenidos¹⁰¹.

En el fondo, la regla que reconoce la validez de los títulos emitidos incompletos para que sean completados de acuerdo a pactos convenidos, es válida para la letra de cambio, el cheque y el pagaré, es decir, para los títulos-valores susceptibles de aceptación, o que dan origen a una prestación de dinero. Es con referencia a los títulos abstractos que no se establece un orden cronológico en la formulación de los requisitos; basta que ellos estén cubiertos en el momento en que deben ejercitarse los derechos que confieren. Los requisitos pueden consignarse por distintas personas y en diversos momentos, a medida que el título vaya circulando.

No ocurre lo propio en los títulos causales, que llevan implícitas las características de la relación causal y no sería admisible que se completaran

¹⁰⁰ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 675, 681 – 682.

¹⁰¹ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 662, 668, 669 y 680.

los requisitos o menciones omitidos, a no ser que se haga expresamente de acuerdo con la relación convencional correspondiente. Los títulos causales raramente pueden originar este problema, ya que es muy difícil imaginar acciones, obligaciones, títulos de capitalización, bonos hipotecarios, etc. que entran a la circulación incompletos de sus requisitos esenciales¹⁰².

Antonio Pavone considera que el título debe contener algunos requisitos mínimos, sin los cuales no se tendría una declaración cambiaria en formación, sino un documento no susceptible de generar una obligación cambiaria. La cambial, para ser susceptible de completarse, debe contener por lo menos la suscripción del creador (emisor o girador) y la promesa o la orden del pago con la mención del carácter cambiario de la declaración¹⁰³.

Asquini señala que el llenado de cualquier documento firmado en blanco deberá hacerse respetando las relaciones que ligan al suscriptor, basándose en lo que denomina “la convención de llenado”, a la que el tomador del documento deberá atenerse. Pudiendo esta convención ser también cedida a un tercero. En este caso el cesionario deberá, al efectuar el llenado, tener en cuenta esta convención. Montoya Manfredi, citando a Messineo expresa, que en relación a la letra de cambio que a base del pacto mencionado, el primer tomador adquiere el poder de llenar la letra, al mismo tiempo asume la obligación de respetar los límites señalados. Al llenar la letra (pero solamente a partir de ese momento), también los elementos que faltaban, insertos en el título, adquieren valor cambiario¹⁰⁴.

Asquini expresa que hasta que el llenado no se haya efectuado, el tenedor, de buena o mala fe, en cuanto al contenido del derecho de llenado transmitido por el poseedor precedente, es un simple cesionario y si procede

¹⁰² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 42.

¹⁰³ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 682 –683.

¹⁰⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 41.

a completar el título debe hacerlo respetando los acuerdos llegados entre el emitente o girador y el tomador”. En cambio, cuando la cambial en blanco es llenada y luego endosada al tenedor, de buena fe, sí le son aplicables los principios de la cambial.

Según Desemo, los títulos emitidos incompletos ofrecen incentivos incorrectos y deshonestos a los tomadores o ulteriores adquirientes, a llenar el título abusivamente, exponiéndolo al emitente o al girador o a otro obligado al daño gravísimo, el deber de pagar al tercero tenedor de buena fe una suma bastante más ingente de aquella prevista o concordada, y, tal vez, con un vencimiento más breve y por lo tanto, para él más onerosa, con sensibles repercusiones sobre la propia situación económica¹⁰⁵.

En cuanto al pacto, éste regulará, caso por caso, las modalidades referentes a la operación de llenar la letra. La violación de ese pacto por parte del primer tomador (o, también, el hecho de que el posterior tomador y presentador sea conocedor no sólo de la circunstancia de que la letra ha sido librada en blanco, sino además del contenido del pacto de llenarla), no obliga al deudor (librador), endosantes antes de llenarse la letra, sino en los límites del pacto de llenarla. Pero respecto al tercero poseedor de la letra, o sea, el extraño a la relación de emisión y que no haya procedido de mala fe en el momento de adquisición de la letra, esto es, que haya estado ignorante de la diversidad del pacto de llenar la letra y de la operación de llenarla, tal como se ha efectuado; o bien, que no haya cometido culpa grave al adquirir la letra, la integración de la letra que haya tenido lugar por obra de otro, aún de él mismo, en disconformidad con el pacto que establecía la forma de llenarla, es inoponible; y el deudor debe aceptar y pagar la letra tal como reza el tenor de su contexto, sin poder oponer al tercero de buena fe la excepción de abuso en la forma de llenarla. La carga de probar la eventual mala fe, o culpa grave, recae sobre el deudor llamado a pagar¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 667 – 668 y 672.

¹⁰⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Páginas 41 y 42.

En síntesis, Desemo resume expresando que, sí una letra de cambio incompleta en el momento de su emisión, se completare contrariamente a los acuerdos celebrados, la inobservancia de estos acuerdos no se podrá oponer al portador, a menos que haya adquirido la letra de mala fe, o que al adquirirla, haya incurrido en culpa grave¹⁰⁷.

El artículo 10 de la ley peruana dice que el Título Valor para que tenga validez debe reunir los requisitos de ley, pero existe la posibilidad de que el título fuese emitido en forma incompleta, pudiendo completarse posteriormente conforme a los acuerdos adoptados. Agrega la ley peruana que el que emite o acepta el título valor incompleto puede exigir una copia del mismo y puede agregar la cláusula que limite su transferencia. En este caso la transferencia surtirá los efectos de la cesión de créditos. El título valor debe terminarse de completar antes de su presentación para su pago o cumplimiento. Pero sino se observan los acuerdos adoptados, estos no pueden ser opuesta al poseedor de buena fe.

10. LA ACCION CAMBIARIA Y LOS TITULOS VALORES REPRESENTATIVOS O DE TRADICIÓN

El art. 11 de la ley se contrae a establecer una regla que se refiere a las letras de cambio, pagarés, vales a la orden y cheques, o sea, a los efectos de comercio, estableciendo que quienes giren, acepten, endosen o avalen estos documentos quedan obligados solidariamente frente al tenedor

En este caso ha querido la ley otorgar a estos títulos, las mayores seguridades para obtener el pago respectivo, entre los que tenemos: la declaración expresa de solidaridad y la facultad de exigir el pago sin tener que observar el orden en que se hubiesen obligado; la facultad de accionar contra los demás obligados aunque fueran posteriores al demandado en

¹⁰⁷ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 668.

primer término; y, la facultad de acumular las acciones directa y de regreso. En este caso, todas y cada una de las firmas representan la garantía del cumplimiento de la obligación cartular, ya que tienen la virtud de vincular cambiariamente a su autor. La solidaridad cambiaria, afirma Muñoz, asegura la eficacia del título-valor y, por consiguiente, del derecho incorporado¹⁰⁸.

El artículo 11 de la Ley prescribe que quienes giren, acepten, endosen, o avalen letras de cambio, pagarés y cheques quedan obligados frente al tenedor. El tenedor puede accionar contra dichas personas, individual o conjuntamente y acumulativamente (directa, de regreso, ulterior regreso), sin observar el orden en que se hubiesen obligados. Si se promueve contra uno de los obligados no impide accionar contra los demás. Finalmente como Seguridades para obtener el pago, Se supera el criterio que primero el tenedor debe justificar la insolvencia del demandado, en 1er. término para poder dirigirse contra los demás obligados.

Todos estos títulos-valores incorporan, de cualquier modo, un derecho obligacional, como por ejemplo, los siguientes títulos: Títulos cambiarios, que incorporan un derecho de crédito de carácter pecuniario. Los títulos cambiarios más importantes son la letra de cambio, el pagaré y el cheque; Títulos de participación, son los que confieren a su poseedor legítimo una determinada posición en el ámbito de una organización social que se concreta en un conjunto de derechos y poderes.

La posición del poseedor del título está dominada por la relación subyacente, que se configura de acuerdo con lo establecido en la ley y en los estatutos; y por último, los Títulos de tradición o representativos, que son aquellos que atribuyen a su poseedor el derecho a la entrega de unas determinadas mercancías, la posesión de las mismas y el poder de disponer de ellas mediante la transferencia del título.

¹⁰⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Páginas 43, 44 y 45.

Respecto a los títulos de tradición o representativos de las mercancías; se debe expresar que éstos otorgan una posesión mediata o indirecta de ellas, ya que el poseedor inmediato o directo es otra persona (el porteador o el depositario). Esta persona posee las mercancías en nombre del poseedor del título, que representa a la cosa (por esta razón estos títulos se denominan también representativos). La posesión mediata del tenedor del título tiene como presupuesto la posesión inmediata de las mercancías por parte del emitente del título (que está obligado a restituirlas), de tal forma que cuando éste pierda su posesión, aquél pierde al mismo tiempo la posesión legal o jurídica de las mercancías.

El poseedor del título, al ser poseedor de las mercancías, puede disponer de ellas mediante la entrega del título (el nombre de título de tradición realza este aspecto). La función económica que cumplen estos títulos consiste, especialmente, en la posibilidad de disponer de las mercancías en el tiempo en que se encuentran viajando en poder del porteador o en el que están en manos de un depositario. Las mercancías se venden o se constituye una garantía sobre ellas a través del documento que al representa, es decir, del título de tradición¹⁰⁹.

El artículo 19 de la Ley establece que estos títulos confieren a su poseedor legítimo el derecho exclusivo a disponer de los bienes que en ellos se mencionan. La tradición del documento implica la tradición de los bienes. Sin embargo el Artículo 903 del Código Civil establece la preferencia del poseedor de buena fe de los bienes sobre el tenedor de los documentos representativos. Son títulos valores que incorporan un derecho real sobre la mercancía (Derecho de Propiedad o de Garantía) y el derecho de exigir la entrega de una mercancía, por ejemplo: Los Certificados de depósitos; Warrant; Conocimientos de embarque (Transporte Marítimo); Cartas de Porte (Transporte Terrestre).

¹⁰⁹ SANCHEZ CALERO, Fernando. Obra citada. Página 340.

11. REIVINDICACIÓN, PRESENTACIÓN Y RESTITUCIÓN DEL TITULO VALOR

A. IRREIVINDICABILIDAD DEL TITULO-VALOR

El título valor adquirido de buena fe, de conformidad con las normas que regulan su circulación, no está sujeto a reivindicación (Artículo 15°). El fundamento de la irreivindicabilidad del título-valor es la protección a la buena fe, que se expresa en la fórmula la posesión de buena fe equivale al título. De este modo, el poseedor de buena fe es el propietario. Contrario sensu, esté sólo podrá intentar la acción de reivindicación contra el poseedor de mala fe.

Se exige dos requisitos, el primero que la adquisición sea de buena fe, que tiende a favorecer la seguridad del tráfico, por ser imposible en la práctica distinguir en los títulos en circulación, los regularmente emitidos, de los títulos robados; el segundo, que se haya hecho de acuerdo con las normas que regulan la circulación del título, ello significa que la tradición del título-valor se ha efectuado teniendo en cuenta la forma como debe transmitirse, o sea, si es al portador, con la simple entrega material; si es a la orden, mediante el endoso; y si es nominativo, con el endoso y la anotación en el registro que debe llevar el emisor. No es de estricta aplicación a los títulos-valores el principio de derecho civil que se refiere a la propiedad de las cosas muebles en cuanto no basta la buena fe del adquirente para obtener el dominio si los bienes se hubieran encontrado en poder del enajenante por haber sido sustraídos por éste. Sólo en el caso en que pueda probarse la mala fe del adquirente, podrá ejercitarse por el propietario desposeído la acción reivindicatoria. La víctima de la desposesión deberá acreditar que el poseedor de los títulos contra quien intenta la acción, tenía o debía tener, al tiempo de adquirirlos, conocimiento de la posesión ilegítima del enajenante¹¹⁰.

¹¹⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Páginas 52, 53 y 54.

Toda esta materia de la legitimación está dominada por el dogma de la apariencia jurídica. La posesión del título engendra apariencia de titularidad del derecho, y con el fin de favorecer la circulación, se exonera de demostrar que es titular del crédito. La apariencia actúa, así, tanto a favor del tenedor como del obligado al pago, a éste le libera de la deuda si paga a quien tiene la apariencia, aunque no sea el verdadero titular del derecho; al tenedor lo exime de demostrar su condición de acreedor, y es el deudor quien tendrá que demostrar que el poseedor no tiene derecho a recibir la prestación para poder negar válidamente el pago. Pero sería peligroso extender al máximo los efectos de la apariencia. En toda esta materia tiene que jugar siempre la buena fe un papel esencial¹¹¹.

Son las exigencias del tráfico y de la rápida circulación las que imponen ese eventual sacrificio del verdadero titular (el propietario del título), no poseedor, frente al poseedor titular aparente. Pero ese sacrificio sólo es compatible con la buena fe del deudor. La legitimación por la posesión queda paralizada cuando el deudor tiene conocimiento de la ilegalidad de la posesión o de la oposición al pago formulada por el verdadero propietario del título.

B. PRESENTACION DEL TITULO-VALOR

El Artículo 16 de la ley dispone que para exigir los derechos que emergen del Título Valor es requisito esencial la presentación del documento; asimismo, el deudor no puede reconocer como acreedor a otra persona que no sea el poseedor del título. Si de buena fe cumple con la prestación, queda liberado aunque el poseedor no sea el titular del derecho.

La naturaleza del título-valor lo que explica la necesidad de la presentación del documento y la liberación del deudor de buena fe que cumple las prestaciones en él contenidas, aun cuando el poseedor no sea el titular del

¹¹¹ URÍA, Rodrigo. Obra citada. Página 836.

derecho. La ley vincula la presentación, tanto para la legitimación activa como para la pasiva. El que paga debe comprobar la regularidad y la continuidad de los endosos, más no la autenticidad de ellos. Basta que exista la serie ininterrumpidamente de endosos¹¹². El titular de un título valor, en sentido técnico es el que, teniendo el título en su poder, está en situación de exhibirlo¹¹³.

C. RESTITUCION DEL TITULO-VALOR

Garrigues menciona que la extinción del derecho documentado anula el documento al privarle de su valor. Pero el principio de la apariencia jurídica, esencial en los títulos valores, reclama que en caso de extinción de derecho el propio título revele su desvalorización. Esto no es necesario cuando el derecho se extingue por la prestación del deudor al titular, dado que en ese caso el deudor recobrará el título¹¹⁴.

Con frecuencia la presentación del título por su poseedor, para exigir el cumplimiento de las obligaciones en él contenidas, implica también la entrega o, a veces, la restitución del título a quien lo había puesto en circulación. De aquí que a estos títulos se les llama también documentos de restitución. Es de anotar que no siempre presentación y restitución coinciden.

El tenedor de un Título Valor queda obligado a devolverlo a quien cumpla la prestación contenida en él. También debe entregarse el testimonio del protesto y la cuenta de gastos. Las partes pueden acordar la destrucción del título valor pagado totalmente, prescindiendo de su devolución física. Las empresas del sistema financiero, que sean último tenedor del título, una vez pagado totalmente, podrán sustituirlo por microformas u otros medios que

¹¹² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 35, 36, 54 y 55.

¹¹³ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 97.

¹¹⁴ GARRIGUES, Joaquín. Obra citada. Página 94.

permita la ley, destruyendo el título, debiendo entregar constancia del pago. En el caso que solo cumpla parcialmente, no se restituye el título, sino se anota tal hecho en el mismo título (Artículo 17).

El mencionado artículo prevé el caso de cumplimiento parcial de la obligación contenida en el título, supuesto en el cual no puede imponerse al poseedor la obligación de la restitución, por razones obvias. Pero, como de otro lado, el documento, por ser portador de todos los derechos que de él surgen, debe contener todas sus vicisitudes, el cumplimiento parcial de las obligaciones incorporadas debe anotarse en el título mismo¹¹⁵.

12. RELACIÓN CAUSAL Y LA CIRCULACIÓN DEL TITULOS VALOR

El Título Valor se emite o se trasmite obedeciendo a una motivación o causa generatriz. Entre las personas que dieron origen la emisión del documento, o entre endosante y el endosatario, existe un vínculo directo o causal. Sobre el particular subsisten tres situaciones que deben ser analizadas a la luz del principio de autonomía: la primera, si el tenedor y obligado principal tienen la calidad de acreedor y deudor respectivamente de la relación causal; la segunda, si el endosante y el endosatario tienen la calidad de acreedor y deudor de la relación causal que originó la transferencia; y por último el tercero ajeno a la relación causal que originó el título valor.

a. Si el Tenedor y obligado principal tienen la calidad de acreedor y deudor respectivamente de la relación causal.

Todo título-valor se emite obedeciendo a una motivación o causa generatriz. Aunque ella no se revela en determinada clase de títulos, como son los abstractos, se manifiesta en los causales¹¹⁶. Entre las personas que dieron origen a la emisión del documento, o entre las que tuvieron una relación

¹¹⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 56.

¹¹⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 64.

mediata, como son el endosante y el endosatario, existe un vínculo directo que motivó la declaración contenida en el título-valor. No ocurre lo mismo si el título-valor entra en circulación mediante el endoso¹¹⁷. Se reputaba que la letra de cambio no produce en ningún momento novación de la obligación, sino que la cambial origina una obligación nueva, de carácter abstracto, que no anula la anterior, ya que reconoce su origen en la relación fundamental, o sea, que pueden coexistir dos obligaciones por una misma causa, con lo que se perseguía dar mayor fuerza a la obligación originaria¹¹⁸.

Enneccerus afirma que “En tal caso, el acreedor tiene dos créditos. Si se satisface el uno, se extingue el otro y si no consigue ser satisfecho, puede hacer valer su primer crédito”, aceptando que primero debería ejercitarse la acción cambiaria y, de fallar ésta, se intentaría la causal, que siempre está viva en garantía de la obligación impaga. Pero advierte que el pago de cualquiera de ellas extingue la causa y por lo tanto, las obligaciones que de ella se desprenden¹¹⁹.

Cuando el deudor se halla frente a su tomador inmediato, puede defenderse con todas las excepciones que se derivan de la relación establecida entre ambos.

La autonomía del derecho no opera entre el deudor y el acreedor originario, primer poseedor del título, cuyas relaciones están dominadas por el negocio fundamental, causa o fuente del derecho incorporado al documento. Por virtud de la protección a la transmisibilidad de los títulos valores. La autonomía se inicia cuando aquél transmite el título a un segundo poseedor. A partir de este momento es jurídicamente irrelevante si la obligación incorporada representaba el precio de una compraventa, la restitución de un préstamo, etc., para convertirse en manos del tercero adquirente en un

¹¹⁷ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 64.

¹¹⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 66.

¹¹⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 67.

crédito puro para exigir el cumplimiento de una prestación, desvinculada de la situación personal que adornaba este mismo crédito en manos del anterior poseedor del documento. Puede decirse, pues que el derecho no nace autónomo desde que se incorpora a un título valor, sino que se convierte en autónomo cuando éste inicia su circulación¹²⁰.

En este caso el Tenedor podrá promover alternatively, la acción derivada del título o la acción causal. Tulio Ascarelli expresa que en el derecho italiano, la acción cambiaria es ejercitable, tanto en un proceso de cognición, como directamente en la vía ejecutiva o mejor dicho, el derecho cambiario se tutela sea con una acción ejecutiva, sea con una acción de condena¹²¹. Para promover alternatively la acción derivada del título o a la acción causal, el tenedor contra el obligado principal, se requiere que el documento no haya sido endosado, es decir, que no entrado en circulación, pues si esto ha ocurrido, el endosatario no podrá promover alternatively las acciones derivadas del título¹²².

b. Relación causal entre el endosante y el endosatario originado por el negocio de transferencia.

La emisión o la negociación tiene lugar por una causa concreta, por ejemplo, una remesa de mercancías o de dinero, puesto que nadie quiere obligarse sin motivo; pero esta causa queda fuera de la obligación, no circula con ella, como ocurre en las letras de cambio o en los billetes de Banco. Esta voluntaria separación del título de crédito de la causa que lo originó, protege al acreedor contra las excepciones, a menudo complicado y desconocido, que podrían derivar de aquella convirtiéndose, por consiguiente, en un instrumento más seguro de crédito, casi un sustitutivo del dinero¹²³.

¹²⁰ BROSETA PONT, Manuel. Obra citada. Página 547.

¹²¹ SILVA VALLEJO, José Antonio. Obra citada Página 676.

¹²² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley. Página 67.

¹²³ VIVANTE, César. Obra citada. Página 138.

Vivante expresa que en las relaciones entre los poseedores siguientes, que contrataron entre sí, la causa ejerce la misma función protectora del deudor que le incumbe con arreglo al Derecho común, porque ofrece aquélla al deudor excepciones personales, a las cuales deja abierto el camino la norma cambiaria¹²⁴.

c. El primer endosatario queda fuera de la relación causal que generó la emisión del documento, asimismo los posteriores endosatarios.

El primer endosatario queda fuera de la relación causal que generó la emisión del documento. Cada uno de los posteriores endosatarios es también ajeno a las causas que originaron la creación del título-valor y no tiene otra relación con el primer tomador y con los sucesivos endosatarios, que la resultante del título, en virtud de la colocación de las firmas en el reverso del documento y que forman la cadena de endoso¹²⁵.

En la circulación (o transferencia) del título-valor hay que hacer una distinción entre el negocio (o relación) que sirve de base que es causal (concreto) y que de ordinario es un contrato de venta (venta, donación, comodato, mutuo, etc.) y el acto unilateral de transferencia, que, respecto de negocio básico (relación) es en cierto modo, el paralelo, pero que es acto abstracto; como se dirá mejor, el mismo es respectivamente, la entrega, el endoso (acompañado de la entrega); la traslación (acompañada de la entrega); en los cuales modos se sustancia lo que podría llamarse circulación cartular o documental¹²⁶.

Estos títulos circulan, no obstante, como documentos de derechos abstractos, desprendidos e indirectamente aislados de sus causas originarias por las que habían sido o venían a ser negociados, gracias a la

¹²⁴ VIVANTE, César. Obra citada. Página 140.

¹²⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 65.

¹²⁶ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 67 – 68.

voluntad de aquellos que los emitían. Ellos tienen causa, ciertamente. Necesidades de dinero futuro por dinero presente puede haberlos creado o llevado a negociarlos; mas, esto, como es obvio, está fuera de los títulos. Ellos se liberan de su causa, a fin de poder ingresar por sí solos en el mundo económico. Nadie los adquiriría si tuviese que indagar su procedencia. Hay que abstraerlos de ella para ese efecto. En ese sentido se reputan abstractos a despecho de su existencia real, documental, literal, formal. Abstractos son los derechos en ellos consignados, por valer tan solamente por fuerza de su literalidad, de prestancia muchísimo mayor en los títulos al portador, afirma Ferreira¹²⁷.

El primer endosatario respecto al obligado principal, ni otro endosatario respecto de los endosantes mediatos, podrían promover, alternativamente, la acción derivada del título o la acción causal¹²⁸. Estas obligaciones abstractas lo son cuando se consideran en su circulación, esto es, cuando ponen en relación dos personas que no han contratado entre ellas, encontrándose una frente a otra por la sola virtud del título¹²⁹.

Vivante señala que el título, una vez salido de esta primera fase originaria, se mueve según su ley de circulación y es objeto de nuevas operaciones. El deudor, que lo emitió con la aptitud para circular, sabe que el título transmitirá en su circulación la promesa expresada en él y que ésta será decisiva en sus relaciones finales con el tenedor del título. Para esto se halla prevenido desde el origen; éste es el precio que ha debido pagar para obtener el crédito o para obtenerlo más barato. Puede suceder que, en razón del carácter literal de la obligación y de su aptitud para circular, el acreedor que contrató con el emisor consiga una posición más ventajosa, realizando un crédito que el deudor habría podido rechazar o reducir con las excepciones derivadas del negocio concluido entre ellos. Este último podrá

¹²⁷ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 65.

¹²⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 67.

¹²⁹ VIVANTE, César. Obra citada. Página 140.

remediarlo recobrando, por medio de una acción judicial fundada en aquel negocio, lo que tuvo que pagar a un nuevo poseedor del título; pero no podrá perturbar la circulación pacífica del título, oponiendo a ese poseedor excepciones que le son extrañas, porque no tenían la virtud de circular con el título¹³⁰.

Broseta Pont dice que la posición jurídica de los terceros futuros adquirientes del título, y consiste en el hecho de que el deudor emisor del título no puede oponer al segundo y posteriores poseedores excepciones personales que podría oponer anterior. Cada poseedor adquiere originariamente, el derecho incorporado al título sin subrogarse en la posición personal de su transmitente. La posición jurídica del segundo y posteriores adquirientes viene delimitada por la escritura del título (literalidad) y no por las relaciones personales que ligaban al anterior poseedor con el deudor. Por ello mismo puede afirmarse que la autonomía del derecho incorporado es una consecuencia y a la vez un complemento del principio de literalidad¹³¹.

d. Medios de defensa contra Acciones Cartulares o Cambiarias señaladas por ley

De acuerdo a lo antes manifestado el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores dispone que el Demandado pueda oponerse al cumplimiento de las obligaciones cartulares fundamentados en lo siguiente:

- Contenido literal del Título Valor o en defectos de forma legal de éste
- En la falsedad de la firma que se le atribuye.
- La falta de protesto, o el protesto defectuoso o formalidad sustitutoria.
- En la falta de capacidad o representación del propio demandado en el momento de suscripción del título.
- Que el título valor incompleto al emitirse haya sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados

¹³⁰ VIVANTE, César. Obra citada. Página 146 – 147.

¹³¹ BROSETA PONT, Manuel. Obra citada. Página 546.

- En la falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción cambiaria;
- También puede oponer al tenedor del título, las excepciones que deriven de sus relaciones personales con éste por existir relación causal entre el obligado o demandante y el tenedor del título valor.

No puede deducir las excepciones fundadas en sus relaciones personales con los otros obligados firmantes del Título, a menos que, el demandante, mantenga relación causal vinculada al título valor con el demandado, o, al adquirirlo, hubiese obrado de mala fe (a sabiendas del daño).

e. Ámbito de Aplicación

El Art. 19 atañe a los títulos-valores crediticios, como la letra de cambio, el pagaré o vale a la orden y el cheque, en los que la relación causal no se revela del tenor del documento. Tratándose de los llamados títulos de tradición, o sea, aquellos representativos de mercaderías, la acción emergente del título aparece vinculada a la relación causal, es decir, al contrato que originó la emisión del documento¹³². Las obligaciones emitidas en virtud de un empréstito colectivo, los conocimientos de embarque, los cupones de los dividendos, son títulos expuestos a las excepciones derivadas, respectivamente, del contrato de préstamo, de transporte, de seguro o de sociedad¹³³.

¹³² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley Página 65.

¹³³ VIVANTE, César. Obra citada. Página 138.

CAPITULO II

EL CHEQUE COMO TITULO VALOR

1. INTRODUCCIÓN

La Nueva Ley de Títulos Valores" Ley 27287¹³⁴ brinda una versión amplia de los diferentes conceptos encontrados y reglas fundamentales que hacen posible que los títulos valores cumplan su función, teniendo derechos de exigir el pago de la prestación contenida en el título.

Permitiendo entender los diferentes valores específicos como son: letra de cambio, el pagare, la factura conformada, el cheque, certificado bancario de moneda extranjera y de moneda nacional. Teniendo considerable importancia no solo para esta prestigiosa casa de estudios sino también a la comunidad en general, ya que el título valor sirve a la persona natural como también a las personas jurídicas.

Las técnicas utilizadas para la recopilación de datos fueron fuentes primarias: libros específicos y la ley de títulos valores. La letra de cambio es el título cambiario más seguro y por ello el más importante. Podemos definirlo como "el título valor que incorpora una orden condicionada dada por quien la emite y dirigida a otra persona de pagar una determinada cantidad de dinero a una tercera".

El origen del Cheque está en la práctica anglo-sajona, y su función económica es que es un medio de pago (a diferencia de la letra de cambio). Al tratarse de un medio de pago tiene la misma validez que en dinero en

¹³⁴ Guía Rápida de Preguntas y respuestas Nueva Ley de Títulos Valores.

efectivo, es comparable a un billete de banco. En la actualidad está siendo desplazado por las tarjetas de crédito y débito.

- **El cheque** es un mandato de pago incorporado a un título de crédito formal y completo que permite al librador disponer a favor de una determinada persona o del simple portador del título de los fondos que tiene disponibles en un banco.
- **El Pagare**, es el Más antiguo que la letra, de hecho es el más antiguo. Por ello es mucho más simple que la letra, ya que nace a nivel local para el intercambio entre pueblos. Cuando nació representó un reconocimiento de deuda y una promesa de pago.
- **El certificado de depósito** es el título valor a la orden que representa el derecho real de propiedad sobre la mercadería depositada en un almacén general de depósito. En este sentido. Quien posee este título valor es considerado titular o propietario de dicha mercadería.
- **El warrant** es un título valor a la orden que. al igual que el certificado de depósito, también representa derechos reales sobre las mercaderías depositadas. La diferencia radica en que el warrant representa un derecho real de garantía a favor del tenedor de dicho título valor mientras que la propiedad de las mercaderías corresponde al tenedor del certificado de depósito.
- **El conocimiento de embarque** es un título valor que representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo. Lacustre o fluvial. Por sumarte la carta de porte es un título valor que representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte terrestre o aéreo.

- **Los valores mobiliarios** son aquellos títulos valores emitidos en forma masiva con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan; confiriendo a sus titulares derechos crediticios dominales o de participación en el capital, patrimonio o utilidades del emisor.

2. TÍTULO VALOR EL CHEQUE¹³⁵

a. Concepto

No existe un concepto claro de lo que es un título valor, según Garrigues “es un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento”.

Otro concepto descriptivo diría: “es un documento que lleva incorporado un derecho que sólo podrá ejercitarse en los términos que en el documento se expresa y con independencia de las relaciones que en su día lo originaron mediante la transmisión del título documento.

b. Características del título-valor.

- **Conexión entre el documento o título y el derecho.** El derecho del título puede ser:
 - Un crédito (como una letra de cambio).
 - Un conjunto de obligaciones y derechos (como una acción).
 - Un derecho a transportar una determinada mercancía.

¹³⁵ Gracia Ibáñez Román. roman@dpr.uji.es. DERECHO MERCANTIL- “LOS TÍTULOS- VALORES. LA LETRA DE CAMBIO. EL CHEQUE. EL PAGARÉ”. Tutorías: miércoles 11-13h despacho JC2021 DP.

- **Literalidad.** El ejercicio del derecho queda limitado a las condiciones que marca el título con una excepción, los títulos incompletos (que remiten a otros documentos) como las participaciones de una SL o las acciones de una SA que remitirán a los estatutos de la sociedad.
- **Autonomía.** El derecho vinculado al título es autónomo. En el momento que se transmite el título la relación jurídica que motivo ese título valor, es decir, la relación primera por la que se originó ya no tiene sentido. “No se pueden oponer excepciones personales al nuevo poseedor de la letra”.
- **Legitimación por la posesión.** Sólo se podrá ejercitar el derecho del título con la posesión física del documento, indispensable.
- **Transmisibilidad – Circulación.** Esta doble característica indica que los títulos valor tienen vocación de ser transmitidos y de circular.

c. Naturaleza jurídica de los títulos valor.

El título valor es una cosa mueble, por lo tanto a la hora de transmitirse se aplica la legislación de transmisión de las cosas muebles establecida en el código de comercio y código civil. Existen tres cuestiones importantes:

- El que adquiere la posesión de buena fe, adquiere la propiedad del documento.
- La propiedad del título valor significa ser titular del derecho incorporado.
- La posesión de buena fe legitima o faculta al poseedor para exigir al deudor el cumplimiento del derecho incorporado.

3. ANTECEDENTES HISTORICOS¹³⁶

a. Italia.

Fundamentalmente las opiniones sobre el problema de la localización del origen del cheque pueden dividirse en tres grupos: las que señalan, respectivamente, como lugar de nacimiento o de invención del cheque, Italia, los Países Bajos e Inglaterra.

Goldschmith, sostiene que a fines del año 1300 circulaban en lugar de dinero, certificados emitidos por los bancos italianos, y algunos autores ven en tales documentos un antecedente del cheque moderno.

Según, los contadi di banco tenían la forma de un mandato u orden de pago y eran transmisibles. Sin embargo, según una opinión más autorizada, tales documentos eran realmente recibos o resguardos entregados por el banquero a su cliente, esto es, documentos expedidos por los banqueros venecianos para acreditar la constitución de depósitos de dinero y facilitar su retiro.

Las polizze del banco de Nápoles (segunda mitad del siglo XVI), eran títulos emitidos por el depositante a cargo del banco, pagadero a la vista y transmisible por endoso. A las polizze sciolte, que no ofrecían al tomador la seguridad de la real existencia de fondos disponibles en poder del banco, se añadieron en seguida las polizze notata fede, sobre las cuales el banquero atestiguaba o certificaba la existencia efectiva en su poder de la suma suficiente para el pago.

b. Países Bajos.

También se encuentran antecedentes del cheque moderno. En la exposición de motivos de la ley belga sobre el cheque de 1873, se afirma que este

¹³⁶ www.monografias.com. Janhil Aurora Trejo Martínez. janhil_hyde@aroba@hotmail.com

documento se usaba desde tiempo inmemorial en Amberes, bajo el nombre flamenco de bewijs. Algunas crónicas nos muestran que Sir Thomas Gresham, banquero de la Reina Isabel, vino a Amberes en 1577 para estudiar esta forma de pago, y que él la introdujo en Inglaterra.

A fines del siglo XVI, en Holanda, especialmente en Amsterdam, los comerciantes acostumbraban confiar a cajeros públicos la custodia de sus capitales, de los que disponían mediante la emisión de órdenes de pago a favor de terceros y a cargo de los referidos cajeros. Estos documentos, precursores también del moderno cheque, recibieron el nombre de "letras de cajero" (kassiersbreifje), fueron regulados posteriormente por una ordenanza de 30 de enero de 1776, en la cual se inspiró la moderna legislación holandesa sobre el cheque.

c. Inglaterra.

Un gran número de autores consideran que el cheque moderno es un documento de origen inglés, que inicia su cabal desarrollo en la segunda mitad del siglo XVIII. Es decir, sostienen que la historia del cheque moderno y su posterior desarrollo y difusión, como institución económica y jurídica peculiar, comienza en Inglaterra. La etimología misma de la palabra referida, afirma sin duda el origen inglés del documento.

En la misma Inglaterra se señalan como precursores del cheque los mandatos de pago expedidos por los soberanos ingleses contra su tesorería, en el siglo XII, conocidos con el nombre de billae scacario o bills of exchequer. Sin embargo esos documentos solo tienen una analogía mínima con el cheque moderno y que, en realidad, no son sino menos delegaciones emanadas de la potestad política, es decir, simples documentos de carácter administrativo.

Los verdaderos precursores del cheque moderno en Inglaterra son los documentos conocidos con el nombre de Cash-Notes o Notes. Se trataba de

títulos a la orden o al portador, que contenían un mandato de pago del cliente sobre su banquero y se remontan a la segunda mitad del siglo XVII. El autor MacLeod, señala como fecha del más antiguo la del 3 de junio de 1683.

Queda confirmado en el artículo 73 de la Bills of Exchange Act, 1882 que dispone: "el cheque es una letra de cambio a la vista girada contra un banquero" (A cheque is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand). Aunque la práctica del cheque es anterior, como hemos visto, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando la institución penetra en las distintas legislaciones nacionales.

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En Francia es el primer país que legisla en forma orgánica en materia de cheque. La ley del 14 de junio de 1865, introdujo y reguló por primera vez en Francia el instituto del cheque, imitando la práctica inglesa, como afirma unánimemente la doctrina francesa.

Dicha ley fue derogada por el decreto-ley de 30 de octubre de 1935, que introdujo en Francia las disposiciones de la Ley uniforme en materia de cheque aprobada en Ginebra el 19 de marzo de 1931.

El 20 de junio se promulga en Bélgica la primera ley sobre el cheque, modificada y adicionada posteriormente por las de 31 de mayo de 1919 (cheque cruzado), 19 de abril de 1924 y 25 de marzo de 1939. En 1953 (10 de agosto) ha sido incorporada la legislación uniforme.

En Italia el cheque fue regulado por primera vez en el Código de Comercio de 2 de abril de 1882. Por real decreto de 21 de diciembre de 1933, adopta las disposiciones de la ley uniforme de Ginebra sobre el cheque.

En México han regulado el cheque, sucesivamente, los Códigos de comercio de 15 de abril de 1884 y de 15 de septiembre de 1889 y la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932.

En Perú, se encuentra regulado por la Ley de Títulos y Valores Ley No. 27297 Promulgada el 17 de Junio del 2000 y publicada el 19 de Junio del 2000.

5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CHEQUE¹³⁷

Desde el momento en que aparecieron las primeras regulaciones sobre el cheque, preocupó a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de la naturaleza de este instrumento jurídico, y aun hoy se hacen esfuerzos para solucionar tan debatido problema.

a. Teoría del mandato.

La teoría del mandato pretende explicar mediante esta institución del derecho común la naturaleza jurídica del cheque. El cheque contiene un mandato de pago. El librador da el mandato al librado de pagar una suma determinada de dinero al beneficiario del cheque.

Existe en el cheque un contrato de mandato por virtud del cual el librado se obliga a pagar en su nombre y por cuenta del librador la suma de dinero determinada en el cheque a su tenedor legítimo. Esto es, el librado realiza un acto jurídico por cuenta del librador, en virtud del mandato contenido en el cheque.

Rocco niega que el cheque sea un mandato, porque no es en sí mismo un contrato sino un acto jurídico unilateral, perfecto y eficaz jurídicamente aun

¹³⁷ Obis Idem.

sin la concurrencia de la voluntad del librado. El cheque mientras no transcurran los plazos de presentación, es irrevocable.

El mandato termina por muerte o interdicción del mandante. Teoría del doble mandato. Ha sido sostenida también la teoría del doble mandato, que proclama la existencia de un mandato de cobro diferido por el librador al tomador al lado del mandato de pago ya examinado. Según esta tesis, el tomador al hacer efectivo el cheque, ejecuta el mandato de cobro que le encarga el librador. Se aduce en su contra:

- El tomador al cobrar el cheque obra en interés propio no en interés del librador lo cual no está de acuerdo con los caracteres de la relación de mandato.
- El tomador del cheque al revés de lo que sucede con el mandatario, no tiene la obligación de cumplir el encargo consistente en el cobro del cheque. El tomador cobrara o no según le plazca, pues es el dominus negotii lo cual no se aviene con tal mandato del librador al tomador del cheque
- El tomador no tiene ninguna acción contra el librado, ni por si ni a nombre del librador, que sería su mandante

b. La teoría de la cesión.

Predominó en la doctrina francesa. En una primera etapa afirma que la emisión de un cheque implica cesión de la provisión, esto es, la transferencia de la propiedad de los fondos disponibles en poder del librado, con la consiguiente constitución de un derecho real a favor de tomador sobre dicha provisión al emitir el cheque cede materialmente al tomador los fondos disponibles y la transmisión del cheque produce los mismos efectos que la transmisión real de dichos fondos.

Si por la emisión del cheque se produjera realmente la cesión al tomador del crédito que el librador tiene en contra del librado, aquel tendría acción para exigir de este último el importe del cheque: el librado sería deudor del tomador, estaría obligado frente a él.

El acreedor cedente, salvo pacto en contrario, no está obligado a garantizar la solvencia de deudor, salvo pacto en contrario, el cedente de un crédito mercantil responderá tan solo de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión.

El cedente al transmitir sus derechos contra el deudor cesionario, queda liberado por pago frente a éste último es decir el crédito es cedido por el cedente al cesionario con el propósito de liberarse de una deuda propia. Con la teoría de la cesión de crédito queda sin explicación el hecho de que el librador, aun después de la emisión del cheque, pueda disponer de la provisión, antes y después de los plazos de presentación, independientemente de las responsabilidades en que el librador pueda incurrir por ese hecho.

Si se tratase de una cesión de crédito, el tomador tendría un derecho propio que no podría ser alterado por la situación jurídica posterior al cedente.

Teoría de la estipulación a favor de tercero.

Al celebrarse un contrato, un contratante puede estipular de otro que este ejecutará determinada prestación a favor de un tercero, al cual no representa el estipulante sino que éste obra en nombre propio.

c. Teoría de la estipulación a cargo de tercero.

Se ha sostenido también que entre el librador y el tomador existe un contrato con una estipulación a cargo de tercero. Trata de evitarse con esta teoría la crítica fundamental formulada a la que sostiene la existencia de una estipulación a favor de tercero, en el sentido de que el librado no asume responsabilidad ni obligación alguna frente al tomador.

d. Teoría de la delegación.

Esta teoría sostiene que el cheque contiene una delegación. Surge como una crítica a las teorías del mandato y la cesión. La delegación es el acto por virtud del cual una persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera que consiente en obligarse frente a ella.

e. Teoría de la asignación.

Una parte de la doctrina considera que no debe distinguirse la asignación de la delegación ya que en realidad la primera es una especie de la segunda. La asignación es el acto por el cual una persona de la orden a otra de hacer un pago a un tercero.

f. Teoría de la autorización.

Se concibe como una doble autorización con base en la voluntad declarada por el autorizante, el autorizado puede hacer un pago al tomador y este puede recibirlo, produciéndose los efectos jurídicos de ese acto en la esfera jurídica del autorizante.

6. CONCEPTO

La palabra cheque que denomina al título de crédito cuyo examen constituye el objeto de este trabajo, es, según la opinión más generalizada de origen inglés¹³⁸.

El cheque es el medio más utilizado para disponer de los fondos de una cuenta corriente sobre la cual se puede girar cheques, pero no es la única forma. El convenio de cheque no es un contrato autónomo sino un acuerdo accesorio de cuenta corriente bancaria pero así como cheque es el medio de disponer de cantidades de dinero, es también un título de crédito que incorpora la promesa de pagar una suma de dinero¹³⁹.

En consecuencia en el cheque se superponen los caracteres de dos estructuras jurídicas diferentes¹⁴⁰:

- Orden de pago extendida por titular de cuenta corriente bancaria en el ejercicio de su derecho de utilizar disponibilidad: y¹⁴¹.
- Título de crédito que incorpora la promesa de pagar una suma determinada. Por ello se dice que el cheque y tiene un carácter dual¹⁴².

Vivante define el cheque como “título de crédito de carácter documentario necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo indicado en el mismo, el librador está obligado a conseguir el pago por el librado o a efectuarlo el mismo, conforme a los términos precisos del título¹⁴³.”

¹³⁸ www.monografias.com. Janhil Aurora Trejo Martínez.

¹³⁹ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Julio 2000 – Lima.

¹⁴⁰ Obis Idem.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

La ley general de títulos y operaciones de crédito vigente, no define al cheque, sino que se limita, como lo hacen también la ley uniforme sobre el cheque aprobada en Ginebra y las legislaciones nacionales que la han aceptado o imitado, a establecer sus presupuestos, requisitos y caracteres jurídicos¹⁴⁴.

De Semo, en forma exhaustiva, lo ha definido como "un título cambiario, a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto que contiene la orden incondicional de a la vista la suma indicada, dirigida a un banquero, en poder del cual el librador tiene fondos disponibles suficientes, que vincula solidariamente a todos los signatarios y que está provisto de fuerza ejecutiva".

Un cheque es un título valor en el que la persona que es autorizada para extraer dinero de una cuenta (por ejemplo, el titular), extiende a otra persona una autorización para retirar una determinada cantidad de dinero de su cuenta, prescindiendo de la presencia del titular de la cuenta bancaria¹⁴⁵.

Jurídicamente el cheque es un título valor a la orden o al portador y abstracto en virtud del cual una persona, llamada librador, ordena incondicionalmente a una institución de crédito, que es librado, el pago a la vista de una suma de dinero determinada a favor de una tercera persona llamada beneficiario¹⁴⁶.

7. CARACTERÍSTICAS DEL CHEQUE¹⁴⁷

Los cheques solo pueden ser girados en forma de impresos, desglosables, de talonarios numerados en series, o con claves u otros signos de

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Cheque>.

¹⁴⁶ Obis Idem.

¹⁴⁷ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Julio 2000 – Lima.

identificación y seguridad proporcionados por los bancos y/o empresas autorizadas por la superintendencia de banca y seguros para mantener cuentas corrientes con giro de cheques. En la ley anterior el girado solo podría ser en un banco. La LEY DE TITULOS VALORES amplía la facultad a las empresas de Sistema Financiero Nacional, autorizados a mantener cuentas corrientes con giro de cheques.

Los clientes pueden mandar imprimir sus cheques, en tal caso, deben ser autorizados por los bancos respectivos. En los cheques de viajeros, esta facultad está restringida, pues solo los bancos pueden mandar imprimirlos. No es obligatorio el talonario para los cheques de viajeros, ni para los cheques de gerencia y cheques giro¹⁴⁸.

8. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL CHEQUE

Los caracteres jurídicos del cheque, que se desprenden del concepto que hemos elaborado, son los siguientes:

- El cheque es un título de crédito, esto es, el documento necesario para ejecutar el derecho literal consignado en el mismo. A su vez, de la calidad de título de crédito que el cheque posee derivan estas consecuencias: a) el cheque es un documento (constitutivo-dispositivo y formal); b) el cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito; c) el cheque es cosa mercantil; d) el cheque está provisto de fuerza ejecutiva; e) en el cheque los signatarios son obligados solidarios.
- El cheque, como título de crédito, es un documento. Pero un documento de naturaleza especial. Es un documento constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin el documento no existe el derecho. Pero como es necesario además

¹⁴⁸ Idem.

para la transmisión y para el ejercicio del derecho, se le califica también como documento dispositivo. El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

- El cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito. Como el tema corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. El documento es lo principal y el derecho lo accesorio: el derecho ni existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento.
- El cheque tiene carácter mercantil. De esto derivan fundamentales consecuencias, como la calificación mercantil de tales títulos de crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.
- El cheque es un título ejecutivo. La acción cambiaria contra cualquiera de los signatarios de un cheque es ejecutiva por el importe de este, y por el de sus intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que el demandado reconozca previamente su firma.
- Los signatarios de un cheque se obligan en forma solidaria. Esto es, el tenedor puede exigir de cualquiera de ellos íntegramente la prestación consignada en el título. El último tenedor puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez, o contra algunos de ellos, sin perder en este caso la acción sobre los otros, y sin obligación de seguir el orden que guarden sus firmas.

9. REQUISITOS DE CHEQUE¹⁴⁹

a. Internos.-

Se señala la necesidad de existencia de fondo en la cuenta corriente contra la cual se gira el cheque. Esta disponibilidad de fondo puede traducirse en los fondos existentes o en la autorización por el banco para girar en descubierto, en cuyo caso el banco se comprometa a cubrir el importante del cheque con cargo a la cuenta corriente del cliente, es decir, sobregirándola. Se trata un requisito de fondo por cuanto el cheque tiene como destino el pago, y para ello debe existir el fondo suficiente.

b. Externos.-

Se observa la no exigencia de la denominación de “cheque” como una identificación del documento cambiado.

El número o código de identificación que le corresponde; la identificación del lugar y la fecha de su emisión; la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en número, o en letras o de ambas formas; el nombre del beneficiario o de las persona a cuya orden se emite o la indicación que se hace al portador; el nombre y domicilio del banco cuyo cargo se emite el cheque; la indicación del lugar de pago; el nombre y firma de emitente, quien tiene la cantidad de obligado principal, salvo el referente a la indicación del lugar de pago, todos estos requisitos son esenciales en el sentido de que sino aparecen en el texto en documento, este no vale como cheque, La falta de indicación del lugar de pago esta suplida en el artículo 175 que señala que se tendrá como lugar de pago cualquiera se oficina del banco girando en el lugar de emisión del

¹⁴⁹ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Julio 2000 – Lima.

cheque, Si en este lugar el banco girado no tiene oficina, el cobro se podrá efectuar a través de cualquiera de las oficinas del banco en el país.

10. FORMAS DEL GIRO DEL CHEQUE¹⁵⁰

El cheque puede ser girado a favor en la persona determinada con cláusula al orden o sin ella. Se comprende en esta modalidad tanto al cheque nominativo como al cheque a la orden, ya sea que ostente esta cláusula o prescinda de ella el cheque nominativo es decir, el girado a favor de la persona determinada en el que no figura la cláusula a la orden, es endosable, salvo que conste la cláusula “no a la orden”, “intransferible”, “no negociable” u otra equivalente.

El cheque con la cláusula “no a la orden” es otra forma de girar un cheque. Su transmisión podrá realizarse solo en la modalidad en la sesión ordinaria. No es posible transmitirlo por endoso, por cuanto la cláusula “no al orden” lo impide. Surten estos mismos efectos la cláusula “intransferible”, “no negociable” u otra equivalente.

La tercera modalidad de girar el cheque es “al portador”, y otorga a quien lo tenga en su poder el derecho de cobrarlo o transmitirlo mediante la simple entrega. Cuando en el cheque girado a favor de la persona determinada se haya puesto la cláusula “al portador” esta tiene preferencia para su validez, y es la modalidad prevalente de giro de transmisión.

11. LOS CHEQUES ESPECIALES

a. El cheque cruzado:

Tiene su origen en las prácticas bancarias inglesas y surgió de la necesidad de evitar el peligro de que un cheque extraviado o sustraído fuera

¹⁵⁰ MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Julio 2000 – Lima.

presentado por un tenedor ilegítimo para su cobro en el banco girado. Los giradores fueron adoptando la práctica de escribir en el anverso, entre dos líneas paralelas, el nombre del banquero del cual era cliente el tomador a fin de que este fuera quien lo cobrara depositándolo en su cuenta corriente en el banco indicado, el cual se encargaba de percibir el importe.

b. El cheque para bono en cuenta:

Esta variedad de cheque surgió en la práctica alemana para eliminar toda posibilidad de que el cheque, aun siendo cruzado y por ende de negociabilidad irregular, pueda ser indebidamente cobrado en efectivo mediante la intervención de un banco.

c. Del cheque intransferible:

El cheque intransferible, no negociable o sujeto a otra fórmula equivalente tiene limitado su poder de circulación, por lo que puede ser satisfecho:

- Pagándolo el banco a la persona en cuyo favor se emitió;
- Acreditándolo el banco, a pedido del tenedor, en la cuenta corriente de éste;
- Endosándolo el tenedor a un banco para el efecto del cobro se descarta la posibilidad de ser pagado a otra persona. La cláusula tiene el carácter de irrevocable.

d. Del cheque certificado:

El cheque certificado es un cheque en el que el banco girado inserta en el dorso una constancia de que existe en su poder fondos suficientes a disposición del liberador, los que quedan afectados al pago del cheque durante el término de vigencia de la certificación.

e. Del cheque de gerencia:

El cheque de gerencia es el que emite un banco, o una empresa de Sistema Financiero Nacional autorizada para este efecto, previo pago de su valor, a la orden de un tercero indicado por quien lo solicita, o también a la orden de este último. Este cheque se paga en cualquiera oficina del banco emitente. La ventaja consiste en dar a cualquiera tomando seguridad plena sobre el pago, por lo mismo hace innecesario preocuparse por la solvencia de quien lo entrega en el pago.

f. Cheque giro:

Es un título valor nominativo, emitida a la orden de determinada persona y no negociable, Solo lo puede cobrar la persona indicada en el título, Son cheques que se utilizan para hacer pagos en otras plazas o para hacer giros; se giran a cargo de propia oficina del banco para cobrarse en una plaza distinta a la emisión del título. Se trata de títulos que se utilizan con frecuencia para trasladar fondos de una plaza a otra a solicitud de los interesados: deben llevar la cláusula “cheque giro” o giro bancario” en lugar destacado del título.

g. Cheque garantizado:

En este cheque el banco asume la posición cambiaria de parte directa, dándose los efectos de la aceptación a la certificación de fondos, En efecto, a la cuenta correntista con cargo a un crédito concedido, pero las realidades que desde el momento en que el talonario de cheques entregado al usuario, el banco está garantizado el pago de dicho documento. Los cheques son pre-impresos por cantidades determinadas y el banco al entregar el talonario contabiliza la cantidad de dinero entregada.

h. Cheque de apago diferido:

El cheque de pago diferido, constituye la excepción a la naturaleza jurídica del cheque entendido como un orden de pago a la vista. La práctica, el uso y la costumbre ha hecho que se imponga este título en países como Uruguay y Chile. En nuestra realidad es muy frecuente que se busque posdatar un cheque, dándole equivocadamente la característica de un título de crédito, con la esperanza de contar con los fondos suficientes en la fecha datada en el cheque.

i. El cheque viajero:

La función de este cheque es evitar los riesgos de pérdida y de robo de dinero. Son instrumentos bancarios que previo pago del valor monetario que representa, un banco entrega a un viajero, con el compromiso de pagarlo en efectivo en cualquiera de sus oficinas en el que sea presentado con la condición de que en su parte inferior llegue la firma de aquel que los adquirió, y que esta firma coincida, con la que el mismo viajero debe colocar en la parte inferior de cada uno de los cheques antes de que le sean entregados y en presencia de uno de los empleados del banco girador.

12. FUNCION E IMPORTANCIA DEL CHEQUE

La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque, derivan de su consideración de medio o instrumento de pago. El empleo del cheque en los pagos implica importantes ventajas en los aspectos particular y general.

Fundamentalmente es un instrumento o medio de pago que sustituye económicamente al pago en dinero. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal.

El pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos que el pago realizado en moneda del curso legal. En efecto, el que paga una deuda con un cheque en vez de hacerlo con moneda circulante no se libera frente a su acreedor. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

El empleo del cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, convierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos. Los fondos depositados en las instituciones de crédito, con la potencialidad económica que les presta su concentración, se canalizan hacia el comercio y la industria, favoreciendo la creación de nuevas fuentes de riqueza en beneficio de la economía general y de la prosperidad del país.

Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos o gravándolo con cuota menor a la que afecta a otros títulos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal.

CAPITULO III

EL CHEQUE EN LA NUEVA LEY DE TÍTULOS VALORES

1. INTRODUCCION

En la Nueva Ley de Títulos Valores, EL CHEQUE, en su artículo 1 establece que: "Los cheques, serán emitidos sólo a cargo de bancos. Para los fines de este capítulo, dentro del término bancos están incluidas todas las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas por la ley de la materia a mantener cuentas corrientes con giro de cheques". Como se ve, si bien se mantiene la redacción del texto original, se precisa que los cheques también pueden girarse a cargo de otras empresas distintas a los bancos conforme lo permite la nueva Ley de Bancos que puedan mantener cuentas corrientes con giro de cheques, es decir, empresas financieras, cajas rurales de ahorro y crédito, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, edpymes y cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público.

Otro punto que se agrega es una precisión respecto a que las condiciones del pacto para disponer la impresión particular de cheques, deberán ser objeto de acuerdo entre banco y cliente. En efecto, en doctrina reconocemos los cheques convencionales y los cheques autorizados. Estos últimos son los que imprime el cliente, previa "autorización" del banco, quien sólo verifica que el que sirve de modelo guarde o incluya los requisitos de ley, así como las otras formalidades de lugar de cada dato, para que la computadora los pueda leer satisfactoriamente, sin obstáculos. En cuanto a las dimensiones, características materiales, medidas de seguridad y demás relativas al formulario, pueden ser objeto de definición de cada banco, o convenio entre bancos como lo es actualmente, o regirse por las disposiciones del BCR.

Los talonarios no son obligatorios en los casos de cheques de gerencia, cheques giro y cheques de viajero. Con el fin de evitar el giro de cheques sin fondos suficientes, se remarca el hecho que constituye una condición previa para su giro, el mantener fondos disponibles suficientes en la cuenta corriente.

La ley agrega el requisito de la indicación del beneficiario del cheque y del lugar del pago, que no están en el texto actual. Además se hace obligatorio señalar el importe del cheque, en números o letras o de ambos modos. Además de la autógrafa o manuscrita, se admite la firma mecánica (impresa, sello), electrónica o digitalizada, siempre que exista pacto al respecto y se adopten las medidas para evitar las falsificaciones o alteraciones, lo que facilita la emisión masiva que realizan ciertos clientes cuentacorrentistas.

Se admite que un cheque sea girado a la orden de más de una persona. En el caso de personas jurídicas se dan casos de actos dolosos, al aumentar indebidamente el nombre de personas naturales y cláusulas "o" e "y/o", logrando el cobro de los mismos, lo cual debe evitarse, sin afectar la posibilidad de giro de cheques a la orden de varios beneficiarios personas jurídicas, pero sólo para su abono en cuenta cuyos titulares sean los mismos beneficiarios. Todo ello, en beneficio y seguridad de los tomadores de cheques. Se permite que en lugar de señalar el nombre completo del girador del cheque emitido a su propio beneficio, se consigne la cláusula "a mi mismo", muy usado actualmente u otra equivalente como "a nosotros mismos".

En materia de negociación, se impide la negociación de cheques endosados o girados a favor del banco girado, como de los transferidos al banco girado para su pago y hubieren sido pagados por éste. Ello, por razones de seguridad, así como por el hecho que su beneficiario como banco girado que es, no debe destinarlo a la circulación sino sólo y exclusivamente, proceder a su redención y pago inmediato.

La fecha adelantada o la cláusula fijando plazo para su pago o negociación, no hacen perder el efecto cambiario del cheque, sino que se considera no puesta; siendo el cheque pagadero de inmediato. A modo de excepción, esta regla no se aplica al cheque especial de Pago Diferido, materia de desarrollo posterior.

Se deja precisada la diferencia entre la "certificación" y la "aceptación". El cheque, aunque tenga la estructura de una letra de cambio (estructura, no esencia o naturaleza jurídica), pues tiene girador, girado (que siempre es una empresa bancaria) y tomador o beneficiario, no está sujeto a aceptación. El cheque se presenta a la vista del girado y éste paga sin necesidad de aceptarlo.

Se mantiene la norma que prohíbe pactar intereses sobre la suma que representa. Sin embargo, podría dejarse constancia en el mismo título que, si no fuese pagado por falta de fondos, su importe generará los intereses compensatorios y moratorios, conforme a ley. Pues en caso contrario, los montos insolutos del cheque, generarán -como es ahora- sólo los intereses legales, con evidente e injustificable desventaja frente al resto de títulos valores.

2. SUJETOS INTERVINIENTES

Los sujetos que intervienen necesariamente en un cheque son:

- El emisor o girador: es la persona que gira el cheque, debiendo para ello ser titular de una cuenta corriente bancaria que cuente con fondos suficientes para cubrir el importe señalado en el título valor. El emisor será, a su vez, el obligado principal al pago del cheque, no teniendo

efecto alguna cualquier cláusula que pretenda liberarlo de dicha responsabilidad.

- El girado: que es el banco o empresa del sistema financiero que, descontando de los fondos constituidos en la cuenta corriente, la que es titular el emisor, debe efectuar el pago del importe del cheque a su tenedor.
- El tenedor, beneficiario o titular: es decir a favor de quien se emite el cheque el mismo que se dirigirá al banco para cobrar el importe señalado en el título valor. Si el cheque hubiera sido emitido al portador, se considerará beneficiario a su portador o poseedor.

Base legal: L.T.V.:arts. 172º, 174º, 176º 132º.

3. REQUISITOS FORMALES ESENCIALES

El cheque, como todos los demás títulos valores, es un documento formal porque su emisión debe observar determinados requisitos legales. En tal sentido, a la par de sus requisitos formales esenciales, existen otros requerimientos que deben cumplirse antes de su emisión.

Así. En primer lugar, es imprescindible que los cheques se emitan en formularios impresos, desglosables de talonarios numerados en serie o con claves u otros signos de identificación y seguridad. Dichos talonarios pueden ser proporcionados por el banco o pueden ser impresos por los propios clientes. Si son proporcionados por el banco, éste los entregará a sus clientes contra la firma de un recibo. Si los clientes deciden imprimir por su cuenta y responsabilidad para su propio uso los talonarios desglosables de cheques, podrán hacerlo siempre que sean autorizados previamente por el banco respectivo y en las condiciones que acuerden.

En segundo lugar, como condición previa de la misión del cheque, el girador o emitente deberá contar con fondos disponibles en su cuenta corriente bancaria, sea por depósitos constituidos en ella o por tener autorización del banco para sobregirarse. Sin embargo, aun cuando el tenedor no cumpliera con estas exigencias, dicha inobservancia no afectará la validez del cheque como título valor, pero sí generará el rechazo del pago por parte del banco y la correspondiente responsabilidad penal por libramiento indebido, delito tipificado en el artículo 215° del Código Penal.

Base legal: L.T.V.: art. 172° y 173°. C.P. art. 215°

Los requisitos, formales esenciales del cheque, es decir, lo que este título valor debe contener necesariamente para que el documento tenga plenos efectos cambiarlos, son los siguientes:

- El número o código de identificación que le corresponda. El número de orden o código de identificación es un dato de gran importancia porque además de identificar los cheques que se emiten, sirve para que el banco pueda registrar las chequeras que entrega a los clientes, y poder saber si los cheques presentados pertenecen o no a la chequera provista al emitente.
- La indicación del lugar y fecha de emisión. De la fecha de emisión permite computar el plazo de presentación del cheque, que es de treinta días, que como hemos visto es igualmente su plazo para el trámite de protesto.
- La orden pura y simple de pagar una determinada suma de dinero expresada ya sea en números, en letras o de ambas formas.
- El nombre del beneficiario o de la persona a cuya orden se emite, o la indicación que se hace al portador.
- El nombre y domicilio del banco a cuyo cargo se emite el cheque porque los formularios que cada banco entrega sólo sirven para emitir cheque a cargo de ese banco y no de otro.

- El nombre y firma del emitente quien tiene la calidad de obligado principal, la firma del emitente debe coincidir con la registrada en el banco. De allí la obligación previa del emitente de registrar su forma y la obligación posterior de mantenerla actualizada. Esa firma registrada es la Que el banco tiene la obligación de cotejar cada vez que se presenta un cheque al cobro.

Ahora bien. Otro requisito formal, pero no esencial es la indicación del lugar de pago. El mismo que permitirá establecer la plaza o localidad en la cual deberá cumplirse con la obligación de pagar el cheque. Que no sea un requisito esencial significa que su ausencia no invalidara al cheque como título valor. Por ello no se hubiera consignado información alguna relativa al lugar de pago, se tendría como tal cualquiera de las oficinas del banco girado en el lugar de emisión del cheque.

Base legal: L.T.V. art. 174º y 175º

4. GIRO DEL CHEQUE

Los cheques pueden ser títulos valores a la orden o al portador. En ese sentido. El cheque podrá girarse en cualquiera de las siguientes maneras:

- En favor de determinada persona, con la cláusula "a la orden" o sin ella. Debiéndose señalar el nombre de la persona o personas en cuyo favor se emite el cheque.
- El cheque puede emitirse a la orden del propio girador o de un tercero. Si se emite a la orden del propio emitente. Ello deberá constar en el título valor. Se podrá prescindir de la indicación del nombre del emitente beneficiario. Incluyéndose la cláusula "a mí mismo" u otra equivalente. Con ello, el emitente tendrá la posibilidad de cobrarlo en la ventanilla del banco si necesita dinero en efectivo de

modo inmediato, endosarlo a un tercero con el cual tenga negocios, o endosarlo y depositarlo en su cuenta en otro banco.

- En favor de determinada persona, con la cláusula "no a la orden", ni transferible", "no negociable" u otra equivalente, Igualmente al caso anterior, deberá señalarse el nombre de la persona o personas en cuyo favor se emite el cheque.
- Al portador. debiendo incluirse en el título Valor la cláusula "al portador", la misma que legitimará como beneficiario a cualquiera que lo presente al banco. Ahora bien, debe tenerse presente que si se emite un cheque a la orden de determinada persona que además lleva la cláusula "al portador", el cheque deberá considerar como emitido a la orden de la persona indicada en el y no como título valor al portador.

Base legal: L.T.V.: art. 177º

Es posible emitir cheques a favor de dos o más personas. Es decir, a una pluralidad de beneficiarios. Para ello buscará que los nombres de las personas a favor de quienes se giró el cheque se encuentran unidos por la conjunción "y". Si los nombres de los beneficiarios se encuentran enlazados con las cláusulas "y/o" u "o", cualquiera de ellos o todos Juntos podrán cobrarlo o endosarlo.

Si se presentan en el caso que los nombres de los beneficiarios no se hallaran vinculados con las conjunciones descritas, para cobrar el título valor así como para endosarlo se requiere la concurrencia de todos los beneficiarios señalados en éste.

Base legal: L.T.V. art. 176º

Al igual que se una persona natural, una persona jurídica también puede convertirse en beneficiario del cheque; Sin embargo ordinariamente no se podrá atribuir tal calidad a más de una persona jurídica, es decir, no podrá existir pluralidad de personas jurídicas que ostenten la calidad de beneficiarias. La excepción es que el cheque haya sido emitido para su abono en una cuenta bancaria. Cuyos titulares sean dos o más empresas o que el co- beneficiario sea una empresa del sistema financiero.

Base legal: L.T.V. Art 176º

5. CLASES DE CHEQUE

Además del cheque ordinario, existen otras clases de cheques denominados especiales, en razón de que conservan características propias que los diferencian del cheque ordinario. Estos cheques especiales son utilizables de acuerdo necesidades y propósitos especiales, así:

- El cheque cruzado, que sólo podrá ser cobrado a través de una institución bancaria.
- El cheque para abono en cuenta, que sólo puede ser cobrado mediante el abono en la cuenta corriente del beneficiario del cheque.
- El cheque intransferible, en el que se prohíbe su libre circulación.
- El cheque certificado, en el que el banco girado de la existencia de fondos en la cuenta corriente del emitente.
- El cheque de gerencia, en el que el es el emitente es el propio banco girado una plaza distinta al de emisión
- El cheque garantizado en el que el banco girado garantiza la provisión de fondos del emitente.

- El cheque de viajero es aquel que emite un banco a favor de una persona para que ésta pueda cobrarlo en el extranjero en las oficinas del banco o sus afiliadas.
- El cheque de pago diferido es el que su cobro procede transcurrido un tiempo de su emisión.

A. CHEQUE CRUZADO

El cheque cruzado es el título valor a la orden que presenta en el anverso dos líneas paralelas, que pueden ir de arriba a abajo o en forma oblicua. Tiene por finalidad asegurar el efectivo pago del cheque a su beneficiario mediante el cobro que realice una institución bancaria. Esto es. Mediante el cruzamiento del cheque se dispone que sea un banco cualquiera (cruzamiento general) o un banco determinado (cruzamiento especial) quien cobre al banco girado el importe del cheque. El banco procurador a su vez deberá abonar en la cuenta del beneficiario el importe del cheque o pasárselo en efectivo a éste.

Base legal: L.T.V. art. 184º

Existen dos clases de cruzamiento: el general y el especial. Es general cuando no contiene, entre las dos líneas paralelas, designación alguna o lleva inserta solamente la mención "banco". una denominación equivalente. El cruzamiento será considerado especial, si entre las líneas paralelas se indica el nombre del banco que debe efectuar el cobro del cheque. Sea en el caso del Cheque con cruzamiento general o especial, el impone del título valor deberá ser pagado por el banco que tenga la calidad de girado. Ahora bien, el cheque con cruzamiento general sólo podrá ser pagado por el banco girado a otro banco (que puede ser cualquiera) o a su propio cliente.

El cheque con cruzamiento especial sólo puede ser pagado por el banco girado al banco designado. Excepcionalmente si el banco girado es el mismo banco designado en el cruzamiento, el cliente podrá cobrar directamente el cheque cruzado. Por otro lado, el banco mencionado en el cruzamiento puede recurrir a otro banco para el cobro del cheque, mediante el endoso en procuración.

El cheque cruzado se transfiere por endoso, lo cual significa que es libremente negociable, salvo que presente, una cláusula que limite o impida su transferencia. Sin embargo cabe advertir que el endosatario deberá efectuar su cobro solamente mediante cualquier banco (cruzamiento general) o un banco determinado (cruzamiento especial).

Base legal: L.T.V.: art. 1S7

Solamente podrá hacerlo en el caso de que sea cliente del banco girado y siempre que se trate: de un cheque con cruzamiento general. Para que el beneficiario pueda hacerle cobro directo de un cheque emitido con cruzamiento especial, además de ser cliente del banco girado, debe suceder que el banco girado también tenga la calidad de banco designado en el cruzamiento.

Base legal: L.T.V. art. 186.

B. CHEQUE PARA ABONO EN CUENTA

El cheque para abono en cuenta es aquel que lleva la cláusula "para abono en cuenta", "para acreditar en cuenta", "para ser depositado en cuenta de...." u otra equivalente, y que puede ser colocada por el girador o cualquier tenedor en el anverso del título valor, puesto que si se colocará en el reverso, no surtiría el efecto deseado. Asimismo, cabe agregar que no es necesario que la citada cláusula o mención se coloque ni que se firme.

Tiene por función evitar el pago en dinero efectivo, no sólo se requiere la actuación de un banco para la gestión de cobro que puede ser el mismo banco girado, sino que necesariamente el beneficiario debe tener cuenta corriente bancaria.

Base legal: L.T.V. art. 139º

Como ya hemos indicado la cláusula para abono en cuenta u otra equivalente tiene por finalidad impedir el pago en efectivo del título valor del cual solo podrá ser cancelado mediante el registro del abono en la cuenta corriente del beneficiario. La emisión de este tipo de cheque presupone que el beneficiario del mismo tiene una cuenta corriente en un banco, de modo que su pago se hará por medio de un debito en la cuenta del eminente y un abono en la cuenta del beneficiario.

Si el beneficiario no tuviera cuenta abierta en un banco, no podrá cobrarse este tipo especial de cheque. Asimismo el banco girado atenderá el pago solo mediante el abono del importe del cheque en la cuenta señalada y de la que sea titular o cotitular el último tenedor. Por otro lado, su aparecerá alguna tachadura en la mención que tipifica el cheque como abonable en cuenta el título valor perdería merito cambiario.

Base Legal: L.T.V. Art. 189º

C. CHEQUE INTRASFERIBLE

Se considera intransferible al cheque que lleve la cláusula "intransferible" "No negociable" "no a la orden" u otra equivalente. La inserción de dicha cláusula tiene por finalidad prohibir totalmente su transferencia a terceros. En tal sentido la prestación contenida en el solo quedará satisfecha de las siguientes maneras:

- Pagado únicamente a la persona en cuyo favor se emitió o, acreditándolo, ha pedido de la persona en cuyo favor se emitió, en una cuenta corriente u otra cuenta de la que sea su titular.
- La cláusula tiene el carácter de irrevocable, una vez puesta no puede invalidarse con tachaduras, pues de efectuarse dichas tachaduras se anularían los efectos cambiarios del título valor.

Base legal: L.T.V. art 190º

Como sabemos la cláusula "intransferible" tiene por finalidad prohibir terminantemente la circulación del cheque, es decir, que éste sea endosado. Pero si a pesar de esta prohibición, el cheque es endosado, éste se considerará no hecho; salvo que fuera efectuado a favor de bancos y únicamente para el efecto de su cobro (es decir, se admite solamente el endoso en procuración o cobranza)

Base legal: L.T.V. art. 190º.

D. CHEQUE CERTIFICADO

Sí. La certificación es una declaración del banco girado, en la cual éste hace saber que el cheque en el que ha sido puesta tiene suficiente provisión de fondos con los que se hará efectiva la obligación, si su presentación ocurre dentro del plazo fijado para la vigencia de la certificación.

Base Legal: L.T.V. art. 191º y Ley 26702. art. 118º

La certificación realizada por el banco no es una aceptación, pues el banco no asume el carácter de obligado directo y principal con respecto del cheque.

Tampoco es un aval, pues el banco no garantiza el pago sólo hace saber que pagará con fondos depositados por el girador o con crédito abierto en cuenta corriente a su favor. En realidad se trata de una prestación del banco comprendida dentro del servicio que le brinda al emitente como consecuencia y en cumplimiento del contrato de cuenta corriente, dado que el banco no está obligado a prestar este servicio a terceros no clientes.

A través de la certificación que realiza el banco, se verifica la existencia de fondos disponibles con referencia a un cheque siempre que no se haya extinguido el plazo para su presentación al pago, cargando al mismo tiempo en la respectiva cuenta girada la suma necesaria para su pago. La certificación de los fondos del emitente evitan que éstos sean objeto de embargo o de cualquier otra medida que pueda ordenarse contra la cuenta corriente de este porque dichos fondos se transfieren a otra cuenta general donde no pueden ser objeto de medida alguna que afecte al titular de la cuenta corriente. Se constituye un patrimonio de afectación lo cual evitará que dichos fondos formen parte de la mesa concursal es que el titular de la cuenta, en consecuencia la esencia de la obligación que contrae el banco girado es la de Transferir los fondos necesarios para la atención del cheque de la cuenta corriente del emitente a una cuenta general que responderá por el pago del cheque.

Base Legal: L.T.V. Art. 192º

Si el banco girado asume responsabilidad solidaria conjuntamente con el titular de la cuenta. Obligándose en virtud de la certificación a pagar el cheque durante el plazo legal de su presentación a cobro (treinta días desde su emisión), si el cheque no fuera presentado durante dicho plazo, quedará automáticamente sin efecto la certificación y toda responsabilidad derivada de esta para el banco, durante la vigencia de la certificación el emitente o girador queda liberado de la responsabilidad penal por libramiento,

correspondiendo al representante del banco girado que certifique el cheque las responsabilidades pertinentes.

Base Legal: L.T.V. Art. 182º

La certificación puede ser parcial, es decir no puede referirse solo a una parte de los fondos disponibles el titular. Asimismo tampoco pueden extenderse certificaciones sobre provisión de fondos en cheque al portador.

E. CHEQUE DE GERENCIA

Cheque de gerencia es aquel cheque emitido por un banco a su propio cargo, siendo pagadero en cualquiera de sus sucursales u oficinas en el país o el exterior.

La utilidad que ofrece el cheque de gerencia consiste en darle a cualquier beneficiario seguridad plena sobre el pago, pues al estar girado a cargo de un banco tiene la garantía de este volviéndose innecesario indagar sobre la solvencia de quien lo entrega en pago.

Los cheques de gerencia son libremente negociables o transferibles, salvo que lleven inserta la cláusula no negociable. Sin embargo, los cheques giro no pueden emitirse en favor de la propia empresa emisora o al portador, por lo que se concluye que necesariamente son títulos valores a la orden.

Base legal: L.T.V.; art. 193º y Ley 26702:art. 221º y 290º

Tanto para ejercitar las acciones cambiarias pertinentes como para gozar de mérito ejecutivo, el cheque de gerencia no requiere de protesto, ni de formalidad sustitutoria.

Esto significa que sin necesidad de la cláusula de liberación de protesto, el tenedor podrá ejercitar las acciones cambiarias contra el emisor sin previamente protestar el título valor.

Base legal: L.T.V.: art. 193°. Ley 26702: arts. 221° y 290°

F. CHEQUE GIRO

El cheque giro es un título valor emitido en favor de una persona determinada y que lleva la cláusula "cheque giro" o "giro bancario" en un lugar destacado o visible del mismo título valor. Su utilización permite facilitar el pago a personas que se encuentran ubicadas en plazas o localidades distintas a la del emitente.

Base legal: L.T.V.: art. 194 y Ley 26702: art. 221°

Solamente pueden emitir cheques giro las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas a realizar transferencias de fondos y/o emitir giros girando cheques a su propio cargo. Por lo tanto, estos cheques no podrán ser emitidos por personas naturales o empresas no autorizadas.

Base legal: T.V.: an. 194°. Ley 26702: art.221°.

El cheque giro es un título valor cuya característica fundamental es su intransferibilidad sin necesidad de contar con la cláusula de "no transferencia" a diferencia de otras clases de cheques, el cheque giro sólo puede hacerse efectivo por la persona indicada en el título valor. En cuanto al lugar de pago, éstos serán pagaderos sólo en las oficinas o sucursales de la empresa emisora.

En caso de que el beneficiario no presentara al cheque para su pago. La empresa emisora reembolsará su importe solo a petición de la misma

persona que solicito su emisión y cuando haya devuelto el original del título valor.

El cheque giro no requiere de protesto ni de la formalidad sustitutoria para ejercitar la acción cambiaria respectiva frente al emisor, así como tampoco para tener merito ejecutivo.

G. CHEQUE GARANTIZADO

Es el cheque a la orden que lleva impresa la cláusula cheque garantizado emitido por los bancos en formatos especiales y en papel de seguridad.

Desde incluirse en el cheque la mención "cheque garantizado" para saber que se trata de un cheque de esa naturaleza, asimismo se deberá indicar la cantidad máxima por la que el cheque puede ser emitido, importe que también puede presentarse impreso en el mismo título valor. Es un título valor a la orden, por lo tanto debe señalarse el nombre del beneficiario, no es posible emitir cheques garantizados al portador.

Cabe agregar que mediante la emisión de un cheque de esta naturaleza, el banco se convierte en garante del pago del título valor, esto es el banco se encarga de garantizar la existencia de fondos de titular de la cuenta con los cuales efectuará el pago del cheque girado.

Base Legal: L.T.V. Art. 190º

La garantía que otorga el banco surte los mismos efectos cambiarios que el aval, es decir, el banco queda obligado de igual modo que el emitente, procediendo contra el banco la acción cambiaría directa Como el banco garantiza el pago del cheque, mantendrá en calidad de depósito los fondos del emitente o le otorgará autorización para sobregirarse. Pero en ambos

casos, los fondos del emitente servirán exclusivamente para el pago de estos cheques.

Base legal: L.T.V. art. 195º

Al igual que el cheque de gerencia y el cheque giro, el cheque garantizado no requiere de protesto, ni de la formalidad sustitutoria para tener mérito ejecutivo o para ejercer la acción cambiaria.

Base legal: L.T.V.: art. 195º

H. CHEQUE DE VIAJERO

El cheque de viajero, también conocido como "traveler's check". Es utilizado por las personas que viajan a otros países con la finalidad de evitar los riesgos de pérdida o robo de dinero en efectivo.

Estos cheques facilitan a los turistas la disponibilidad de dinero en cualquier parte del mundo, en que existan agencias, sucursales o bancos corresponsales de la entidad emisora.

Sólo podrán emitir cheque de viajero las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas, la emisión de dichos cheques se efectúa a cargo de la propia empresa por ser pagado por ella o por los corresponsales que consigne en el título valor, en el país o en el extranjero.

Debe expedirse en papel de seguridad, llevar impresos el número y serie que le corresponda, el domicilio de la empresa emisora y el valor monetario representado por el título.

No requiere de una cuenta corriente vinculada, en este tipo de cheques el beneficiario paga en efectivo los formularios que le provee el banco es decir

provee de fondos al banco girado para que éste a su vez efectué el pago al beneficiario, el girador y al girado es el mismo sujeto, el emisor del cheque es el mismo banco girado, que lo emite contra sí mismo.

Requiera de doble firma el tomador o beneficiario debe colocar dos firmas para poder cobrarlo o entregarlo en pago. Una primera firma que coloca cuando le son provistos los cheques, ante los funcionarios del banco que luego firmarían en representación del mismo como emitentes; la segunda firma, la coloca en el momento de cobrar o de entregar en pago el cheque. Este requisito de la doble firma es un mecanismo de seguridad creado para proteger este título de robos, falsificaciones y adulteraciones.

Los cheques llevan impresa la cantidad. Los cheques que provee el banco llevan impresa la cantidad en números y letras y la unidad monetaria, el tomador o beneficiario sólo debe colocar su segunda firma sin tener que integrar esos datos.

El cheque de viajero como todo título valor a la orden se transfiere por endoso, sin embargo, es necesario que quien reciba un cheque de viajero endosado, además de verificar la identidad personal del tomador, se cerciore de que la firma del endoso que será estampada en su presencia, guarde conformidad con la que, según aparezca del mismo título, hubiere sido puesta al tiempo de su emisión.

Base legal: L.T.V.: .art. 197º

La empresa emisora de un cheque de viajero no pagado está obligada a rembolsar su valor aun cuando se haya indicado como pagador a otro banco o empresa.

El pago del cheque de viajero podrá realizarse en cualquier sucursal o agencia de la empresa emisora, sin que valga cláusula que restrinja ese derecho.

Base legal: L.T.V. art. 197º

Para el ejercicio de la acción cambiaria frente al emisor así como para tener mérito ejecutivo, el cheque de viajero no requiere de protesto ni de formalidad sustitutoria.

Base legal: L.T.V. art. 198º

I. CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

El cheque de pago diferido es un título valor a la orden que es emitido condicionando su pago al transcurso del plazo señalado en el mismo título, el cual no puede ser mayor de treinta días contados desde su emisión, fecha en que el emitente debe tener fondos suficientes.

Esto significa que sólo puede ser presentado para su pago al banco girado a partir de la fecha indicada para el efecto y hasta treinta días posteriores a esta.

Entre las formalidades que exige la ley, está la inclusión de la cláusula "cheque de pago diferido" en forma destacada, así como la fecha desde que procede ser presentado para su paso, precedido por la cláusula "péguese desde el".

Es importante que se incluyan tales cláusulas pues constituyen requisitos esenciales, siendo que su ausencia evitaría considerar al cheque como uno de pago diferido.

Base legal: L.T.V.: art. 200°.

El cheque de pago diferido, sólo debe ser presentado para su pago desde la fecha señalada al efecto en el mismo documento.

Si se presentara con anterioridad, el banco deberá rechazar su pago, siendo que tal rechazo no conllevará a su protesto o formalidad sustitutoria ni dará lugar a responsabilidad o sanción alguna para el emitente.

El plazo que establece la ley para su presentación es de treinta días contados desde el momento en que es emitido; si se consignara uno mayor, se tendrá como no puesto, reduciéndose al plazo previsto en la ley.

6. LIMITACIONES EN LA EMISIÓN Y NEGOCIACIÓN DEL CHEQUE

El cheque es un instrumento de pago, por lo que no resulta posible que éste sea emitido, endosado o transferido en garantía. De igual forma, si el cheque ha sido girado a la orden del mismo banco girado, no podrá ser endosado por éste a terceros. Si contrariando estas disposiciones, el tenedor recibe el cheque conociendo de esta infracción, el cheque no tendría efectos cambiarios.

Base legal: L.T.V. art. 178°

El cheque es un título valor creado no con la finalidad de que mediante la aceptación se integre un girado a la relación cambiaría, como ocurre en la letra de cambio, sino que como instrumento de pago. Se requiere que en el mismo momento de la presentación se pague al tenedor el importe dinerario que representa, agotando así su existencia.

Como no se requiere que el cheque sea aceptado, antes de proceder a su pago, si se produjera tal acto, no sería válido. Toda mención de aceptación

se considera no puesta. Asimismo, la constancia que deja el banco no tiene los efectos de aceptación, sólo tiene la finalidad de asegurar la existencia de fondos durante el plazo legal de presentación al pago.

Base Legal: L.T.V. art. 180º

En principio, toda estipulación en el cheque que convenga la generación de intereses desde la fecha de su emisión se considera no puesta. Sin embargo, mediante la cláusula especial sobre pago de intereses se podrá acordar la generación de intereses, los cuales se generaran desde el día siguiente a la fecha del protesto o de la constancia de su rechazo total o parcial. Los intereses pactados sólo se aplicaran al monto no pagado. En defecto de dicho pacto o acuerdo, sólo se aplicará el interés legal.

Base Legal: L.T.V. art. 181º

Los bancos se encuentran obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes giran cheques sin fondos. Sin embargo, el cierre efectivamente se realizará cuando el banco conozca cualquiera de los siguientes hechos:

- Cuando en un periodo de seis meses, el banco girado deje constancia de la falta de pago por falta de fondos, local o parcial, en dos cheques.
- Cuando en un periodo de un año, el banco girado rechace por diez veces el pago de uno o más cheques por carecer de fondos, sea que deje o no la constancia de ello en el mismo título.
- Cuando el juez notifique al banco girado del inicio del procedimiento penal por libramiento indebido o de cualquier proceso civil para su pago.
- Cuando algún titular de cuenta resulte incluido en la relación de cuentas corrientes cerradas que publique la Superintendencia de Banca y Seguros.

- Otros hechos que conlleven el cierre de la cuenta corriente.

Base Legal: L.T.V. art. 183º

El Código Penal sanciona con pena privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de cinco años a quien gire, transfiera o cobre un cheque en las circunstancias siguientes:

- Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización de sobregiro.
- Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago
- Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado.
- Cuando, sin causa que lo justifique, revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro.
- Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o modifique sus cláusulas.
- Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos.

Base Legal: C.P. art. 215º

7. CIRCULACIÓN DEL CHEQUE

El cheque se transfiere mediante el endoso, tenga o no la cláusula a la orden, salvo disposiciones legales en contrario o las correspondientes a los cheques especiales. El endoso se efectúa a favor del endosatario que es un tercero ajeno a la relación cambiaria, pero también puede realizarse a favor del emitente (o girador) o de cualquier obligado. Estas personas a su vez pueden endosar nuevamente el cheque.

Base Legal: L.T.V. art. 204º

El endoso puesto en un cheque al portador convierte al endosante en responsable en vía de regreso. Ahora bien debe tenerse presente que la constancia de pago recibido del banco girado colocada por el último tenedor en el mismo título valor, no tiene la calidad ni surte los efectos del endoso.

Base Legal: L.T.V. art. 205º

8. PAGO DEL CHEQUE

El cheque es pagadero a la vista el día de su presentación, aunque tuviera fecha postdatada. En este sentido, se considera cheque postdatado a aquel que consigna una fecha posterior a la verdadera en la cual se emite, de tal modo que si es presentado al banco girado en una fecha anterior a la fecha en la que supuestamente es emitido, ésta deberá tenerse por no puesta, considerándose como fecha de emisión el día de su primera presentación a cobro.

La única excepción que se establece, a lo anteriormente señalado, es la del cheque de pago diferido el cual. Se pagará a partir de la fecha señalada en el título valor, la misma que no puede exceder desde los treinta días de su emisión.

Base Legal: L.T.V. art. 206º

En cuanto a la unidad monetaria en que debe efectuarse el pago. Éste se realizará en la moneda expresada en el título valor, ya sea que esta fuera una moneda extranjera, sin necesidad de que en el título figure la cláusula de pago en moneda extranjera. Sin embargo, si se presentaran diferencias en la unidad monetaria, prevalecerá la moneda nacional.

Si existieran diferencias entre el importe, expresado en letras, números o mediante codificación, deberá prevalecer la suma menor; lo cual no excluye la posibilidad de que el interesado pueda hacer valer sus mayores derechos por la vía causal.

Base Legal: L.T.V. art. 5º y 206º

El plazo de presentación de un cheque para su pago emitido dentro o fuera del país es de treinta días. El cómputo de este plazo se efectúa a partir de la fecha de su emisión inclusive y en el caso del cheque de pago diferido, desde el día señalado al efecto.

Base Legal: L.T.V. art. 207º y 208º

El cheque presentado fuera del plazo legal, es decir luego del transcurso de los treinta días desde su emisión, no obliga al banco a hacerlo efectivo, No obstante, el banco podrá efectuar el pago si es que el emitente no ha revocado la orden de pago una vez que haya vencido el plazo para su presentación.

Base Legal: L.T.V. art. 207º y 208º

9. REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN

La revocación de la orden de pago contenida en el cheque sólo procede, a pedido del emitente cuando ha vencido el plazo para su presentación, es decir, cuando han transcurrido desde su emisión los treinta días que establece la ley.

Por su parte, la suspensión del pago del cheque procede cuando es solicitada al banco girado dentro del plazo de los treinta días, ya sea por el

emite, el beneficiario, el último endosatario o tenedor legítimo del documento. Dicha solicitud deberá ser por escrito y tendrá el carácter de declaración jurada, debiendo indicar la causa que la origina, la cual deberá fundarse en:

- La desaparición de cualquier dato necesario para la identificación o determinación de los derechos que representa el título valor.
- El extravío del título valor.
- La sustracción del título valor.

Cabe agregar que el banco girado suspenderá el pago del cheque en la medida que quien o quienes solicitaron dicha suspensión, interpongan inmediatamente la demanda judicial de ineficacia del título valor por la misma causal si las solicitudes de suspensión o revocación se presentaran después de realizado el pago, no surtirán efectos respecto al banco girado.

Base Legal: L.T.V. art. 107º y 208º

Ni la muerte, ni la incapacidad del emite, ocurridas después de la emisión producen efectos con relación al cheque. Sin embargo, si el banco tuviera conocimiento de la incapacidad del girador, anterior a la fecha de emisión del cheque, sea porque ha sido declarado judicialmente interdicto o quebrado, deberá abstenerse de pagar el cheque. Ello como consecuencia de que el incapaz no puede hacer pagos válidamente y como necesaria protección de sus demás acreedores.

Por este motivo, la extinción del contrato de cuenta corriente sólo ocurrirá luego de transcurridos sesenta días calendario después que el emite fue declarado quebrado, interdicto o que falleció. Si el emite fue declarado insolvente por la autoridad concursal competente, el banco girado quedará facultado a revocar los cheques que hubiera emitido hasta la fecha de publicación de dicha declaratoria.

Base Legal: L.T.V. art. 209º

10. PAGO PARCIAL

Procede el pago parcial cuando el banco girado compruebe que los fondos consignados en la cuenta del emitente son insuficientes para cubrir el requerimiento del tenedor.

El tenedor podrá exigir al banco girado que deje constancia de la causa que motiva la falta de pago dicha constancia se anotará en el mismo cheque debiendo el tenedor otorgar al banco girado el recibo correspondiente, una vez que el banco girado deja la constancia de falta de pago, no procede el pago o pagos parciales en fecha posterior.

Sólo en el caso que el cheque sea presentado para su pago a través de una cámara de compensación, el banco quedará liberado de la obligación de realizar el pago parcial.

Base Legal: L.T.V. art. 211º

El banco girado queda facultado a no pagar el cheque en los siguientes casos:

- Cuando no existan fondos disponibles, salvo que decida sobregirar la cuenta. Para tomar esta decisión el banco girado debe haber efectuado las respectivas verificaciones del documento presentado a cobro, así como verificar la vigencia del plazo para que el tenedor pueda exigir el pago de su importe.
- Cuando el cheque esté a simple vista raspado, adulterado, borrado o falsificado, en cuanto a su numeración, fecha, cantidad, nombre del beneficiario, firma del emitente, etc. En este caso, se trata de situaciones donde objetivamente el documento presentado a cobro

exhibe irregularidades extrínsecas que hacen dudar de su autenticidad y presuponen una adulteración de algunos de los datos que contiene.

- Cuando se presenta fuera de los treinta días que señala la ley y el emitente hubiera efectuado su revocatoria.
- Cuando habiéndose presentado dentro del plazo establecido en la ley, el beneficiario o tenedor haya solicitado la suspensión del pago.
- Cuando el cheque sea a la orden y el derecho del tenedor no estuviera legitimado con una serie regular de endosos, o cuando conteniendo la cláusula intransferible no lo cobrase el beneficiario.
- Cuando el cheque sea al portador y quien exige su pago no se identifique y firme en constancia de su cancelación parcial o total.
- Cuando un cheque cruzado, para abono en cuenta, o de pago diferido no se presentase al cobro de acuerdo a lo dispuesto en la ley sobre cheques especiales.

Base Legal: L.T.V. art. 212º

11. FORMALIDAD SUSTITUTORIA

Sí, el protesto del cheque por falta de pago puede sustituirse por la comprobación puesta por el banco girado de la falta de fondos en la cuenta del emisor. Es el banco girado, pues el que a solicitud del tenedor del cheque deja constancia de su negativa a pagar el título a su presentación.

En dicha constancia, el banco deberá dejar en forma expresa el motivo de su negativa, la fecha de su presentación y la firma del funcionario autorizado del banco.

Tal comprobación o constancia efectuada por el banco girado acredita por sí sola el rechazo del cheque y surte todos los efectos del protesto, asumiendo el mismo banco responsabilidad por los perjuicios que cause al interesado si

injustificadamente no señala en forma expresa el motivo o causa de su rechazo

Base Legal: L.T.V. art. 213º

12. PACTO DE TRUNCAMIENTO

Mediante el pacto de truncamiento, los bancos pueden acordar sustituir los tradicionales procedimientos manuales y físicos de la cobranza de cheques y demás títulos valores sujetos a pago mediante cargo en cuentas bancarias, por procedimientos electrónicos o mecánicos que posibiliten la agilización del proceso de cobro de estos títulos valores. Asimismo, este pacto de truncamiento podrá utilizarse para delegar en otras empresas del Sistema Financiero la función de dejar la constancia de rechazo del pago del cheque, la misma que desde su inserción surtirá los mismos efectos del protesto

Por lo tanto, el pacto de truncamiento es el acuerdo adoptado por los bancos cuya finalidad es establecer procedimientos especiales o sustitutorios del endoso en procuración, así como acordar delegaciones o mandatos destinados a rechazar el paso de cheques.

Base Legal: L.T.V. art. 26º y 215º



CAPITULO IV

EL PAGO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. INTRODUCCION

El pago es la forma normal de extinguir las obligaciones, sin embargo no es la única existen otras formas de extinguir las obligaciones como la novación (sustituyendo una obligación por una nueva), la compensación (cuando a una obligación le es opuesta otra que existe entre el mismo acreedor y el mismo deudor), la condonación (que es el perdón de la deuda), la consolidación o confusión (cuando en una misma persona se confunden las cualidades de deudor y acreedor), Etc.

Existen varios criterios para diferenciar los medios extintivos de las obligaciones. Así Planiol y Ripert señalan tres criterios; el primero es cuando el acreedor obtiene la prestación debida que es el pago, la segunda, cuando se reciba satisfacción en otra forma, como ocurriría en la dación en pago, la novación, la confusión y la compensación y la tercera cuando obran por excepción ya sea porque el derecho de ejercerla ha perecido como la prescripción, o por que el acreedor consiente en la inejecución, como en la condonación.

El pago se debe entender como bien lo explican Colin y Capitant, el cumplimiento de la obligación, el pago es el hecho de cumplir la obligación; es decir de realizar la prestación que dicha obligación impone el deudor: entrega de la cantidad de dinero o del objeto debido, realización del hecho prometido. La palabra tiene por lo tanto, en el lenguaje jurídico, un sentido más comprensivo que en el lenguaje corriente. Se puede decir que es sinónimo de cumplimiento cuando nuestro Código trata del pago se está

refiriendo a la ejecución de la prestación debida y no únicamente a la movilización de dinero.

El código Alemán utiliza la palabra pago en el significado de entrega de dinero y para los demás casos usa la palabra ejecución. En el Derecho Italiano el pago es indicado como cumplimiento, la expresión pago es sinónimo de cumplimiento exacto de la prestación debida; el pago o cumplimiento es una exacta y puntual ejecución de la prestación convenida, que opera como un medio de satisfacción del interés del acreedor y como un medio de realización del deudor con la lógica consecuencia de su liberación. En el pago, satisfacción del interés del acreedor, cumplimiento del deudor y liberación de éste son estrechamente entrelazados.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho romano, el pago es entendido en el sentido jurídico general de prestación de cada una de las partes obligadas se denominaba solutio y estuvo sujeta en los primeros tiempos, al formalismo que presidía todos sus negocios jurídicos. Y así como la constitución se regía por palabras establecidas y por una especie de rito, de igual modo la extinción de las obligaciones llevaba anexo el cumplimiento efectivo de un acto formal agregado.¹⁵¹

Posteriormente al aligerarse de trabas de generalidad de las instituciones jurídicas de roma, el pago fase final o principal de todas las obligaciones se vio incluido en la dispensa de solemnidad; y se concluyo que con el cumplimiento producía la extinción plena del nexo obligacional.

El pago viene del latín pacare y se dice que el pago es sinónimo del cumplimiento de toda obligación y por cumplimiento de la obligación

¹⁵¹ Cabanellas, Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.-Tomo VI P-Q.- Editorial Heliasta.- 20ª Edición actualizada y corregida.- Buenos Aires- Republica de Argentina.- 1981.Pag. 892.

entendemos la entrega de la cosa o la prestación de un servicio que se hubiese prometido.

Los romanos consideraban que la solutio era el pago de una obligación que tenía como ejecución un dar, un hacer, un no hacer y cabe señalar que un pago era la forma de extinción de la obligación a la que más frecuentemente acudían los romanos cuando pactaban, además cabe señalar que una vez que se realice el pago la obligación se extingue de pleno derecho ya que carece de objeto.

Es el modo natural de extinguirse la obligación, en las obligaciones que tienen por objeto un dar, el cumplimiento se denomina solutio o pago y en las obligaciones que tienen por objeto un facere, el cumplimiento se denomina satisfactio.

En las primeras, ese objeto puede ser determinado o indeterminado mientras que en las segundas ese objeto siempre es indeterminado aunque el resultado se determine previamente.¹⁵²

Los dos términos de solutio y satisfactio llegaron con el tiempo a utilizarse indistintamente. En relación con el pago se plantearon varios problemas:

A. ¿QUIÉN PUEDE PAGAR?

- El principio básico en relación a quién puede pagar era el siguiente: el naturalmente legitimado para hacerlo es el deudor y sus herederos en proporción a sus cuotas en el haber hereditario. El deudor puede pagar personalmente o por medio de mandatario, siempre que éste actúe a nombre del mandante.

¹⁵² Decimos por un Dar (es decir entregar transferir, devolver, reintegrar), un hacer, (realizar una obra, prestar un servicio) o un no hacer (dejar de hacer algo abstenerse), todo ello en beneficio del acreedor.

- Puede también pagar cualquier tercero, contando con la voluntad del deudor, cuanto en contra de ella, y en ambos casos se produce la liberación del deudor. Para que se produzca, en ambos casos, la liberación del deudor es imprescindible que el tercero pague al acreedor en nombre del deudor y no en nombre propio, pues si lo hacía en su propio nombre habría incurrido en error y habría pagado lo no debido (*solutio indebitum*) y, por ende, podría ejercitar la *condictio indebiti* para repetir lo pagado por error. Este tercero que ha pagado en nombre del deudor, con su voluntad o contra ella, actúa como agente oficioso suyo y, en consecuencia, puede ejercitar en su contra la *actio negotiorum gestio* para reembolsarse de lo pagado.
- Delegación para pagar (*Delegatio solvendi*): el deudor, llamado delegante, podía conferir *iussum* a otra persona, llamada delegado, para que pagara a un tercero, llamado delegatario que, necesariamente debía ser acreedor del delegante, cuando el delegado pagaba al delegatario se consideraba pagada la deuda que el delegante tenía para con el delegatario y, en consecuencia, se liberaba de la obligación como si él mismo hubiera efectuado el pago, de modo tal que en este caso la dación siempre era *solvendi causa*.

Podía ocurrir que el delegado, a su vez, fuera deudor del delegante, de modo tal que con su *datio* al delegatario también se liberaba de la obligación que había tenido para con el delegante.

Fue el jurista Celso quien explicó por qué se producía la extinción de dos obligaciones por un acto único de *solutio*, al considerar que hubo idealmente dos daciones: del delegado al delegante, y del delegante al delegatario. Si el delegado no era deudor del delegante, la delegación podía envolver simplemente una liberalidad, una donación que el delegado quería realizar en favor del delegante al pagar una deuda suya, en cuyo caso no podía exigir el reembolso de lo pagado

al delegante. Pero también podía envolver una nueva deuda que ahora asumía el delegante para con el delegado y que se creaba como consecuencia del pago que realizaba el delegado al delegatario, de tal manera que sí podía exigirle el reembolso.

B. ¿A QUIÉN HAY QUE PAGAR?

El pago se puede hacer tanto al acreedor como a un representante suyo, entre los representantes podía estar el tutor o el procurador pero también había otras personas que eran designadas al constituirse la obligación como legitimada para recibir el pago. Esas personas eran dos:

- **Adiectus solutionis causa** Surgía por una stipulatio que realizaban el deudor y el acreedor con ese fin y el deudor podía elegir entre realizar el pago al acreedor o al adiectus y en cualquier de los dos casos se liberaba, el adiectus sólo podía recibir el pago pero no tenía derecho a exigirlo.
- **Adstipulator** Era un encargado del acreedor que realizaba una stipulatio con el deudor y éste se comprometía a cumplir con él la misma prestación que debía al acreedor. A diferencia del adiectus, se podía exigir el pago al deudor y el acreedor otorgaba un mandato expreso o tácito a uno u otro y por ello disponía, para poder reclamar el pago a su vez, de la actio mandati.

C. ¿DÓNDE DEBE PAGARSE?

Los principios que regían la determinación del lugar en el cual había de verificarse el pago eran los siguientes:

- En el lugar donde había sido convenido por acreedor y deudor.

- Si nada se había acordado y la obligación tenía por objeto una prestación de género ella debía ejecutarse en el lugar del domicilio del deudor.
- Si nada se había acordado y la obligación era de especie o cuerpo cierto el pago debía verificarse en el lugar en el que la especie se encontraba, a menos que el deudor dolosamente la hubiera cambiado de situación, en cuyo caso debía pagar donde fuera demandada.

Eventualmente se podía reclamar el pago en un lugar diverso al acordado.

D. ¿QUIÉN PUEDE EXIGIR Y RECIBIR EL PAGO?

- El principio básico es que puede exigir y recibir el pago el acreedor y sus herederos proporcionalmente a sus cuotas en la herencia, liberando de este modo al deudor.
- El acreedor puede recibir legítimamente el pago, liberando al deudor, personalmente o a través de un mandatario a quien especialmente se le encomendó que cobrara la deuda, o el mandatario a quien se había confiado la administración general de todos los negocios, entendiendo los juristas clásicos que el procurador del acreedor tenía siempre la facultad de exigir y recibir el pago de la deuda.
- Podía también recibir legítimamente el pago el tercero a quien el acreedor mandó (iussum) al deudor que realizara el pago.
- En una stipulatio sólo puede recibir el pago, no exigirlo ni novar la obligación, el adiectus solutionis causa.
- El adstipulator, tanto para exigir cuanto para recibir el pago, y goza de todas las facultades de un acreedor.

El pago hecho a una persona distinta de las anteriores, si se había realizado por error constituía una solutio indebitum y, por lo tanto, quien pagaba podía repetir lo pagado mediante la condictio indebiti.

E. ¿QUÉ DEBE PAGARSE?

Naturalmente el objeto de la solutio había de ser coincidente con el de la prestación de dar, de tal manera, tenía que recaer sobre la cosa objeto de la datio o el derecho real del cual se trataba, pues de lo contrario el deudor no resultaba liberado de la obligación.

Como la prestación consistía en una datio (rem o ius) el deudor que pagaba debía ser dueño de la cosa, pues si el acreedor que recibía el pago sufría la evicción de la cosa pagada, no se producía la liberación, supuesto que no había existido datio.

El objeto del pago debía ser íntegro, pues el acreedor no estaba obligado a recibir un pago parcial o incompleto, de tal manera que si rechazaba uno ofrecido así no incurría en mora de recibir.

F. ¿CÓMO HA DE IMPUTARSE EL PAGO?

Si entre el deudor tiene para con el acreedor diversas obligaciones con prestaciones que recaían sobre objetos similares (varias deudas de dinero) una vez que verifica un pago se plantea la cuestión de determinar a cuál de todas las obligaciones debe imputarse el pago realizado, una situación semejante podía plantearse si la deuda generaba intereses, pues había la cuestión de determinar si el pago se imputaba al capital o a los intereses.

Los principios que regían la imputación del pago eran los siguientes:

- El deudor que pagaba podía declarar en el momento del pago a cuál de todas sus deudas habría de imputarse el pago, sin que pudiera hacerlo después.
- Si el deudor nada declara en el momento del pago en orden a la imputación, podía el acreedor hacer la imputación en el momento de la solutio y no después.

- Si las partes nada habían declarado en orden a la imputación del pago, los juristas daban las siguientes reglas:
 - ✓ El pago debe imputarse a la deuda actualmente exigible, y no a aquellas cuya exigibilidad aun pendiera, como si hubiera obligaciones a plazo o condicionales.
 - ✓ Entre varias deudas actualmente exigibles, la imputación se verificaba desde la más gravosa y continuaba en orden decreciente con las demás.
 - ✓ Si todas eran igualmente gravosas, la imputación se hacía proporcionalmente a todas ellas.
 - ✓ En todo caso lo pagado se imputaba primero al pago de intereses y luego al pago del capital.

G. ¿CUÁNDO DEBE PAGARSE?

En primer término el pago de la obligación sólo puede ser demandado por el acreedor desde el momento en que la obligación se vuelve exigible, es decir, desde que se cumplió el plazo fijado, o se verificó la condición.

En toda obligación, aun cuando no se hubiera fijado un plazo para verificar su pago, se entendía comprendido el que era necesario objetivamente para poder verificar su cumplimiento.

Naturalmente, el deudor debe realizar el pago también desde el momento en el cual la obligación se tornó exigible, pero además podía prestarlo aun antes de vencido el término, pues el plazo se entiende concedido en beneficio del deudor, y como tal beneficio puede ser renunciado.

Si se había establecido un plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor debía de realizarlo dentro de ese plazo o incluso podía hacerlo válidamente antes de que se estableciera el plazo, si no se había

establecido un plazo, el acreedor podía exigir la prestación en cualquier momento pero para ello tenía que recurrir previamente al deudor mediante la interpelatio.

H. ¿CÓMO SE PUEDE PAGAR?

El deudor tiene que satisfacer la prestación debida y no otra, es la llamada datio in solutum; se planteó entre las dos escuelas de jurisprudencia clásica una discusión acerca de cuándo se producía una extinción de la obligación mediante la datio in solutum:

- Para los sabinianos una vez que se cumplía el pago, la obligación se extinguía ipso iure.
- Los proculeyanos sostenían que la datio in solutum producía la extinción de la obligación ope exceptionis; si el deudor era citado a juicio, podía oponer la exceptio doli.
- En este caso triunfó la tesis sabiniana.
- El deudor tenía que satisfacer el pago íntegro; el acreedor no podía ser obligado a recibir parte de la prestación. Sin embargo había algunos deudores que tenía el beneficium competentiae de manera que sólo podía ser condenado en los límites de sus posibilidades económicas además podía llegarse a un pacto entre el llamado a la herencia y los acreedores del difunto los acreedores renunciaban a exigir una parte de su crédito correspondiente; este pacto se llamaba pactum ut minus solvatur, la finalidad de ese pacto era evitar que al estar una herencia cargada de deudas, el heredero no aceptara y los acreedores tenían que acudir a un procedimiento de ejecución mucho más larga y complicada.

Por otro lado Gayo enumera los modos de extinción ipso iure en el siguiente orden: la solutio (pago), la acceptilatio (dar por pagado), la liberación del

deudor per aes et libram (bronce y balanza), la novatio (novación) y la litis contestatio.¹⁵³

3. CONCEPTO DE PAGO

La palabra "pago" bien del latín pacare, que indica apaciguar, hacer paz; por su parte el vocablo "Solución " equivale a desligar, soltar son términos sinónimos y complementarios, como lo son sus significados: el deudor se desliga a través de ponerse en paz con el acreedor.

La institución jurídica de las obligaciones está determinada por su finalidad práctica, cual es la de asegurar el intercambio comercial de bienes y servicios entre los asociados en orden a la satisfacción de las necesidades económicas de estos. Tiene, por tanto, que el modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de estas prestaciones. El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor, el nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona, por regla general.¹⁵⁴

En un sentido vulgar el pago solo se aplica sólo a las obligaciones de dar o entregar. Sin embargo es clara la definición legal cuando extiende su radio a todas las obligaciones. Es la prestación de lo que se debe, sin distingos, trátase de daciones o entregas paro también de hechos o abstenciones.

Para que el pago cumpla su función extintiva debe ser hecho "bajo todos respecto en conformidad al tenor de la obligación", la reunión de todas las circunstancias del pago hace que éste sea válido a contrario sensu la inconformidad de algunas de las circunstancias previstas y esperadas con la

¹⁵³ Petit. Eugene.- Tratado elemental de Derecho Romano.- Editorial Albatros.- Buenos Aires- Argentina.- 1960. Pág. 222 y siguientes.

¹⁵⁴ "Régimen General de la Obligaciones", Ospina Fernández. Edit. TEMIS.

realidad práctica le quita la validez al pago y por tanto no tiene el efecto de extinguir la obligación correspondiente.

Pago y cumplimiento son sinónimos; tanto en lenguaje técnico como en lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente y a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y éste, a su turno, es definido como la ejecución de la prestación. Así, el artículo 725 del Código Civil argentino, refiriéndose a esta figura dice: "el pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar". Sin embargo, no hay cumplimiento y tampoco pago si no concurren en la ejecución de la conducta debida los principios de identidad, integridad y oportunidad del pago.

La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuentes) y termina con el cumplimiento, que es el efecto principal y final de la obligación. El pago o cumplimiento tiene como fin satisfacer el interés del acreedor, lo que se conseguirá mediante la realización de la conducta debida (ejecución de la prestación). Pero como ya se dijo, tal conducta deberá satisfacer determinados requisitos objetivos que le dan idoneidad al pago. Por lo tanto, el pago no es la realización de un simple comportamiento, sino una conducta alineada con los términos que se pactaron: lo que se convino (objeto), la totalidad de lo que se convino (integridad) y el tiempo en el que deberá ejecutarse lo que se convino (oportunidad).

En cuanto a la identidad del pago, diremos que el deudor solo queda liberado si cumple exactamente con la prestación debida, no otra, sino aquella en la que tiene interés el acreedor. En nuestro sistema pueden advertirse cuando menos tres normas referidas a este principio: la primera de ellas se refiere a que el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien distinto del originalmente debido, aun cuando éste fuera de mayor valor, la segunda se refiere a las obligaciones de dar bienes inciertos (conocidas también como obligaciones genéricas), se trata de aquellos bienes que no

han sido definidos desde su inicio sino solo en su especie y cantidad, estableciéndose la siguiente regla: "En las obligaciones de dar bienes determinados solo por su especie y cantidad (...) si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la medida; si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la medida, si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media". Por último, en las obligaciones de dar sumas de dinero se establece: "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado".¹⁵⁵

¹⁵⁵ En el Código Civil Peruano vigente, el art. 1220 de texto similar al del art. 1234 del Código Civil de 1936 con origen en los artículos 362 del Código Alemán, 69 del Código Suizo y art. 605 del Proyecto Sánchez de Bustamante, señala que el pago se entiende realizado únicamente cuando se cumple el íntegro de la prestación. El deudor para satisfacer la obligación debe cumplirla totalmente. Antes de ello no se entiende efectuado el pago.

El artículo 1221 por su parte, es de texto similar al artículo 1247 del Código Civil de 1936. Esta Norma por lo demás es acogida por otros preceptos legales tales como los artículos 1244 del Código Francés, 1169 del Código Civil Español, 742 y 743 del Código Argentino, 69 del Código Suizo, 1591 del Código Chileno. Dicha norma dispone que el acreedor no podrá ser compelido- salvo que la ley o contrato lo autoricen – a recibir parcialmente la prestación debida, a no ser que la deuda tenga una parte líquida y otra ilíquida. En este caso procede que cualquiera de las partes exija el cumplimiento de la primera. "Las Obligaciones", Felipe Osterling Parodi, Edit. De la PUCP. Pag. 124.

El pago cumple su triple: a) extinción de la relación obligatoria, b) liberación del deudor y c) satisfacción del acreedor. Así, el pago no admite ni sustitución ni fraccionamiento y menos disminución. Desde luego, los fundamentos jurídicos de la identidad e integridad del pago son el cumplimiento de lo pactado y el respeto a la ley. Económicamente puede decirse, en relación al principio de integridad, que se trata de respetar una de las reglas de esta disciplina: el costo de oportunidad. Ciertamente siempre será más beneficioso contar con el íntegro de los fondos que con una fracción de ellos, pues al recibir el acreedor solo una parte de la prestación hay una oportunidad que pierde (costo de oportunidad).

Es por ello que nuestro ordenamiento autoriza al acreedor a rechazar pagos parciales y, asimismo, establece de manera enfática que inclusive cuando se hubiera aceptado el pago parcial, ello no importa la cancelación de la deuda en su totalidad, pues según el propio texto del artículo bajo análisis, el pago se entiende efectuado solo cuando la prestación haya sido ejecutada íntegramente.

No obstante lo expresado hasta aquí, hay casos en los que este principio se flexibiliza, tal lo que sucede en las obligaciones facultativas en las que el deudor puede escoger entre dos o más prestaciones para cumplir con la obligación (artículo 1262 del Código Civil).

4. REQUISITOS Y NATURALEZA JURIDICA

Los requisitos del pago podemos reducirlos a cinco:

- Una obligación preexistente ya que no podría darse cumplimiento a una obligación inexistente, si así ocurre se nos presenta un supuesto de pago indebido indebido.
- El animus solvendi es decir la intención de extinguir la obligación.
- Que se realice la misma prestación debida (integridad del pago).
- Un sujeto que cumple con la prestación (el solvens).
- Un sujeto que recibe la prestación: (el accipiens).

Importa hacer desde ahora que, entendido el pago según quedó dicho, cuando este se refiere a obligaciones de dar o de hacer, por regla general, constituye un acto jurídico de la especie de las convenciones, pues supone un acuerdo de voluntades entre el solvens, que hace la tradición de la cosa o que ejecuta el hecho debido y el accipiens que conciente el aceptarlo y en liberar a su deudor.

En las obligaciones de no hacer el acto jurídico es unipersonal por la abstención que cumple el solvens no requiere el concurso voluntario del acreedor. Y lo

Otra excepción al principio de integridad es la referida a la obligación de retención del pago del Impuesto a la Renta por parte de los agentes de retención, en determinadas operaciones. Sobre el particular, el artículo 74 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (D.S. N° 054-99-EF) establece que: "Tratándose de rentas de cuarta categoría, las personas, empresas y entidades a que se refiere el inciso b) del artículo 71 de esta ley, deberán retener con carácter de pago a cuenta del Impuesto a la Renta el 10% (diez por ciento) de las rentas brutas que abonen o acrediten (...)".

De igual manera el artículo 75 de la referida ley dispone que: "Las personas naturales y jurídicas o entidades públicas o privadas que paguen rentas comprendidas en la quinta categoría, deberán retener mensualmente sobre las remuneraciones que abonen a sus servidores un doceavo del impuesto que, conforme a las normas de esta ley, les corresponda tributar sobre el total de las remuneraciones gravadas a percibir en el año, dicho total se disminuirá en el importe de las deducciones previstas por el artículo 46 de esta ley (...)". En efecto, si bien estas retenciones en los hechos constituyen una disminución de la prestación, no hay que olvidar que se hacen en virtud de un mandato legal que le impone al deudor una obligación de retención; como correlato el acreedor no puede rechazar el pago luego de practicada la retención.

propio sucede respecto de ciertas obligaciones de hacer la que ejecuta el arrendador al mantener al arrendatario en el uso de la cosa arrendada.¹⁵⁶

Entendemos por pago puro y simple el que no está sujeto a modalidades especiales, o sea el que abarca el concepto general de este modo de extinguir las obligaciones mediante la ejecución voluntaria y normal de la prestación debida.

El régimen general del pago puro y simple mira a las siguientes cuestiones que requieren examen separado: I) la causalidad del pago; II) por quién puede hacerse; III) a quién debe hacerse; IV) cómo debe hacerse; V) dónde debe hacerse; VI) cuándo debe hacerse; VII) la imputación del pago; VIII) las expensas del pago; y IX) la prueba del pago.

Todo pago supone una obligación preexistente que sirve de causa, pues de no existir esta, dicho pago es inválido; sin embargo para la firmeza del pago no es necesario que la causa de este sea una obligación civil perfecta, basta que ella sea natural. Ya hemos visto que nuestra legislación reconoce esta clase de obligaciones y que si bien les niega acción para exigir su cumplimiento, les atribuye virtud suficiente para validar el pago que de ellas se haga voluntariamente por persona que tenga la libre administración de sus bienes.

Pero si el pago no encuentra fundamento jurídico en una obligación civil o natural preexistente que con él se pretenda solucionar, es un pago sin causa o indebido (*solutio sine causa vel indebiti*) y, por ende, inválido, que faculta al solvens para repetir lo pagado, aun en el caso de que este haya incurrido en error de derecho.

¹⁵⁶ “Régimen General de la Obligaciones”. Ospina Fernández, Edit. TEMIS. Pag. 321.

5. PRINCIPIOS

A. EL PRINCIPIO NOMINALISTA.¹⁵⁷

Es la base del sistema económico y establece que en las obligaciones de dinero, el deudor cumple entregando la misma moneda en su valor nominal originalmente pactado por las partes. El nominalismo no toma en cuenta que el valor del dinero (valor adquisitivo) cambia en el tiempo: se reduce como consecuencia de la inflación y aumenta como consecuencia de la deflación.

La inflación puede ser definida como el aumento general y sostenido de los precios con la consecuente pérdida del valor adquisitivo del dinero, se trata de un fenómeno de orden económico que provoca la depreciación del signo monetario y, como señala Zannoni, "el derecho sólo puede formular propuestas de coyuntura actuando sobre los efectos del fenómeno; sus causas, que es lo fundamental, sólo podrán revertirse por una adecuada política económica."¹⁵⁸ La inflación, en un contexto de oferta y demanda, es el resultado de un exceso de oferta en el sector monetario.¹⁵⁹ Esto genera la pérdida del valor adquisitivo del dinero, de tal manera que lo que hoy puedo comprar con un sol (S/. 1.00), mañana necesitaré mayor cantidad de soles para adquirirlo.

En otras palabras, en épocas de inflación y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, "el acreedor percibirá una suma que representará un poder adquisitivo menor al que esa misma suma -

¹⁵⁷ Nuestra Legislación nacional, acoge este principio en el artículo 1234 del C.C. consagrando como regla general, la teoría nominalista, el precepto establece que el pago de una deuda en moneda nacional deberá efectuarse en la misma moneda y por su valor nominal.

¹⁵⁸ "Reevaluación de obligaciones dinerarias".

¹⁵⁹ Los monetaristas consideran que la causa básica de la inflación se encuentra en un aumento de la masa monetaria ("inflación por demanda"). Por otro lado, está el enfoque de "inflación por costos", que atribuye las causas de la inflación a perturbaciones monetarias. Por último, aparece el enfoque "estructuralista"(FERNÁNDEZ BACA, Jorge.

nominal- tenía al concluirse el negocio.¹⁶⁰ Cuando rige el principio nominalista en épocas de inflación, y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, el dinero puede perder valor adquisitivo y el riesgo de este fenómeno lo asume el acreedor, quien recibirá el mismo valor nominal pactado pero menor valor adquisitivo.

La deflación puede ser definida como el descenso del nivel general de precios en una economía, en tal sentido se genera un aumento del valor adquisitivo del dinero. Cuando rige el principio nominalista en épocas de deflación, y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, el dinero puede ganar valor adquisitivo y el riesgo de este fenómeno lo asume el deudor, quien entregará el mismo valor nominal pactado, pero mayor valor adquisitivo. En tal sentido, podemos decir que el riesgo de las obligaciones en moneda nacional cuyo pago se efectuará de manera diferida (mientras mayor es el plazo, mayor el riesgo) es la variación de su poder de compra (valor adquisitivo): aumento o depreciación.

B. EL PRINCIPIO VALORISTA¹⁶¹

El principio valorista pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener constante, ya no el valor nominal, sino el valor adquisitivo. De acuerdo con Hirschberg, el valorismo sostiene que "la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas".

¹⁶⁰ Se entiende por depreciación monetaria la disminución del valor de un bien o de una moneda. El término desvalorización, en cambio, se reserva para designar la pérdida del valor de una moneda respecto de las monedas extranjeras: la variación del tipo de cambio.

¹⁶¹ En la legislación peruana, está regulada en el artículo 1235 del C.C. en la cual legisla los casos en que las partes acuerdan atribuir a las deudas en moneda nacional valor constante. En este supuesto el pago de las obligaciones en moneda nacional, pero por un valor constante referido a índices de reajuste automático. Tales como escalas móviles vinculadas al índice del costo de vida o al incremento salarial, al oro, o a monedas extranjeras o a mercancías, a valor equivalente al que tal moneda tenga al día del vencimiento de la obligación.

El principio valorista puede ser adoptado mediante la previsión de cláusulas de estabilización, a través de las cuales las partes acuerdan que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. Como puede apreciarse, para adoptar el principio valorista las partes deben establecer de común acuerdo valores de referencia. Estos pueden ser:

- a. Cláusulas mercancía.
- b. Cláusulas valor moneda extranjera.
- c. Índices de reajuste automático.
- d. Fórmulas polinómicas.

e. Cláusulas mercancía.-

Se utilizan como referencia un determinado número de unidades de diversos productos en el mercado, como por ejemplo, el oro. La cláusula "valor" oro sirve como término de referencia y medida de valor para determinar la suma de dinero con que ha de ejecutarse la prestación. Es decir, "el quantum de la deuda depende del valor del oro, y el deudor deberá entregar tantos signos monetarios cuantos sean necesarios para adquirir ese valor oro estipulado, y si bien la deuda se liquidará en moneda de curso legal, su monto variará según las oscilaciones que experimente el patrón oro elegido".

f. Cláusulas valor moneda extranjera.-

Siguen el mismo criterio de la anterior; la diferencia es que se hace referencia a una moneda extranjera (normalmente el dólar de los Estados Unidos de América), para lo cual se utiliza el tipo de cambio de dicha moneda al momento de contraer la obligación y al momento del pago.

g. Cláusulas de reajuste automático.-

También se denominan "cláusulas de escala móvil" o "cláusulas índices" ("indexación"). Los índices pueden estar referidos a precios al consumidor, precios al por mayor o detalle. Ellos se utilizan para comparar precios de bienes y servicios en diferentes periodos de tiempo, y en casi todos los países existen agencias oficiales que se encargan de la confección de las tablas respectivas.

Las cláusulas índices de precios miden las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda en mercado interno, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas mercancías y moneda extranjera que dependen del mercado internacional.

h. Fórmulas polinómicas.-

Se utilizan cuando se trata de precios o costos. Así, por ejemplo, el precio de una tonelada de cemento está en función de precio de la piedra caliza, del yeso y del mismo proceso de producción. En tal sentido, se debe establecer el peso relativo de cada uno de esos componentes, para determinar el precio que debería alcanzar la tonelada de cemento en un determinado periodo.

6. EL PAGO AL ACREEDOR

Pero bajo el nombre del acreedor, como se dice el, se entiende no sólo los que han sucedido en el crédito sino quienes han recibido legítimamente autorización para recibir por él y desde luego también y quienes ejercen la representación del acreedor. Así, es verdaderamente acreedor para el pago la persona en cuyo beneficio surgió la obligación, sus herederos o legatarios, sus mandatarios, representantes legales o judiciales, albaceas, etc. Cuando no es el acreedor mismo, correlativamente el deudor debe cerciorarse de que el pago lo efectúa a quien con suficiente título representa al acreedor.

El acreedor puede conferir encargo para el cobro y para recibir el pago o para una sola de estas dos funciones, bien distintas entre sí. El mandato para la sola cobranza no conlleva la facultad de recibir, la cual deber confirmarse en forma expresa. Por lo demás la facultad de recibir no es transmisible a los herederos o representantes del mandatario, salvo autorización expresa en tal sentido.

Los representantes legales o judiciales del acreedor tienen la facultad de recibir el pago por el hecho de tenerla administración de los negocios del acreedor. Sin embargo, los albaceas por la herencia y los padres de familia por sus hijos, necesitan o el encargo especial o la tenencia o administración de los bienes.

Si se ha estipulado al acreedor o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido y no puede prohibirse el pago al tercero salvo que el acreedor haya demandado en juicio al deudor o pruebe justo motivo para tal prohibición.

De todo lo anterior fluye que sólo es válido el pago hecho al acreedor mismo o quien haga sus veces con legitimación. En caso contrario el deudor no se libera y lo más que se concede es la acción de reembolso de lo dado presuntamente en pago.

En la legislación peruana se encuentra regulado en el art. 1224 del C.C.¹⁶² vigente, precepto que contiene el destinatario del pago, es decir de la persona que está legitimada para recibir la prestación, o dicho de otro modo,

¹⁶² El artículo 1224 del C.C. con origen mediato en el artículo 1238 del C.C. de 1936, pero incluye una adición que resuelve un supuesto impropriamente omitido por el Código de 1936. En esta se señala que le pago hecho a la persona designada por el acreedor también extingue la obligación. El caso se refiere, por ejemplo, al de un representante voluntario. La norma en suma prescribe que la obligación queda extinguida cuando el pago se verifica al acreedor o a la persona designada por el juez, por la ley o por el propio acreedor, la obligación también queda extinguida cuando, hecho a persona no autorizada, el pago es ratificado o aprovechado por el acreedor.

de la persona que tiene la idoneidad legal para recibir la prestación con efecto liberatorio para el deudor. Obsérvese que la norma habla de pago que se "efectúe" y de pago "hecho", revelando así que se trata de una hipótesis en la que el tipo de prestación en que la obligación consiste supone una entrega y una recepción materiales. Por lo tanto, no se trata de una norma de carácter general aplicable a todo tipo de pago; están excluidos todos los casos en los que no existe una entrega material de una cosa o de un resultado, como ocurre normalmente, por ejemplo, con las prestaciones negativas o cuando se trata de ciertas prestaciones de hacer que, no concluyendo en un dar, no tienen un destinatario material.

Como el artículo anterior, la disposición bajo comentario también se refiere a la validez del pago, calificación que resulta discutible primero por la ambigüedad de la misma; no se sabe qué tipo de invalidez se quiere establecer, y con qué alcances; y con qué intensidad. Y segundo, porque tal calificación depende sobre todo de la teoría que se adopte acerca de la naturaleza jurídica del pago (que como se sabe, divide a la doctrina fundamentalmente entre las distintas tesis que conciben el cumplimiento como un negocio jurídico -contractual o unilateral-, y la concepción real que subestima el elemento volitivo del cumplimiento y lo concibe como la objetiva realización de la prestación). Por otra parte, al hablar de invalidez en el pago, la norma podría permitir que alguien sostenga que la problemática del destinatario de pago, más que un problema solutorio, atañe a la estructura de la obligación y por ello a la configuración de la prestación, lo que sería un grave error. En nuestra opinión, es necesario interpretar que la consecuencia normativa concierne directa y específicamente al "efecto" liberatorio del pago de manera que cuando éste se realice dentro de lo que la norma prescribe libera al deudor; y dentro de ese orden de ideas, cuando el solvens pretende pagar pero actúa violando la norma, no queda liberado y por tanto mantiene su situación jurídica de deudor; se trata, en resumen, de la eficacia del pago. La cuestión es importante porque en términos prácticos, si la controversia sobre el particular es llevada a los tribunales, no es necesario que el juez se preocupe de las prescripciones o

de las caducidades de los derechos impugnados (por invalidez), o que sentencie la nulidad o anulación del pago; constatado el defecto, el juez declarará que el deudor lo sigue siendo pues no ha quedado liberado de su deuda.

Pasando a otro tema, es oportuno reiterar que el precepto comentado regula la legitimación para que un tercero (no acreedor) reciba la prestación con efecto liberatorio para el deudor, pero no se preocupa de abordar el distinto problema de la legitimación para que los terceros a que se refiere puedan también exigir la prestación al deudor; pero esa posibilidad de exigir también existe y dependerá de si se otorga o no en el título habilitante; por ejemplo, normalmente los terceros legitimados por la ley para recibir la prestación lo están también para exigirla; así, cuando legitima al representante legal del acreedor incapaz para recibir la prestación, también lo legitima para exigirla.

En cambio, cuando el acreedor simplemente designa a un tercero para que reciba la prestación, tal tercero no queda legitimado para exigirla, a menos que el acreedor también lo legitime para ello.

Los supuestos de legitimación para recibir que este artículo contempla son de muy distinta índole y hay que distinguirlos con cuidado. El primero de los casos contemplados por el precepto no ofrece mayor problema. Es obvio que siendo el acreedor el titular del interés que la prestación está orientada a realizar y por ello titular del crédito que le otorga la pretensión al cumplimiento de esa prestación, lo natural es que sea el legitimado por antonomasia para recibir la prestación. La legitimación en este caso emana de la misma relación obligatoria en la cual, actuándose la deuda, ella se extingue con liberación del deudor y también se extingue el crédito con satisfacción del acreedor.

Eso no impide, empero, que la situación de crédito y la legitimación que confiere para recibir la prestación puedan separarse, en cuyo caso hay otra fuente distinta al crédito de donde proviene la legitimación y que explica que

un pago hecho a un tercero (no acreedor) pueda liberar al deudor y extinguir el crédito del acreedor.

En efecto, la ley admite como primera posibilidad que el deudor entregue la prestación a un tercero distinto del acreedor cuando el juez así lo disponga.

Desde luego que esto no significa que la ley ha otorgado al juez un poder arbitrario para decidir casi como un soberano distribuidor de la riqueza, quién recibirá la prestación que le corresponde al acreedor; el juez tiene que actuar aplicando el derecho de manera que sólo puede disponer que un tercero que no es acreedor reciba la prestación cuando la aplicación de una norma así lo establezca. Es por ello que este es también un caso de legitimación legal, sólo que la ley otorga al juez un margen de discrecionalidad para otorgar la legitimación a un tercero. Por ejemplo, cuando un acreedor del acreedor solicita que se embargue el crédito de éste para asegurar el resultado de un juicio, el juez puede ordenar que la prestación se entregue al demandante o a otro depositario.

La segunda posibilidad que el artículo que se comenta prevé para que se entregue la prestación a un tercero que no es el acreedor, es cuando así lo dispone directamente la ley. Es el caso del acreedor incapaz, del que se infiere que, como regla general, el pago debe efectuarse al representante legal del incapaz.

Finalmente tenemos el caso en el que el propio acreedor indica o designa a un tercero para recibir la prestación (*adiectus solutionis causa*). Según los términos en que sea emitida, esta designación puede ser excluyente de modo que el deudor no puede pagar al acreedor sino al tercero designado, bajo pena de no quedar liberado de la deuda, o puede constituir solamente una facilidad para el deudor quien entonces puede pagar al acreedor o al tercero designado. La indicación de pago puede estar contenida en el propio título de la obligación o puede realizarla el acreedor en forma independiente, mediante

declaración contemporánea o posterior al surgimiento de la obligación. En este segundo orden de casos (en los que la indicación consiste en una declaración unilateral), la indicación se configura como un acto recepticio que necesariamente está dirigido al deudor y que no puede vincularlo mientras que no sea por él conocido (o cognoscible). En tal sentido, si el deudor paga al acreedor antes de que la indicación de pago a un tercero llegue a la dirección del acreedor, el deudor hace un pago eficaz y queda liberado. En caso contrario, esto es, si el deudor no paga al tercero indicado a pesar de que la indicación ya había llegado «la dirección de aquél, el solvens no queda liberado (si la indicación es excluyente del acreedor, claro está), ya sea que hubiese conocido o no la indicación de pago al tercero, a menos que pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.¹⁶³

7. EL PAGO AL ACREEDOR APARENTE

En lo que concierne al aspecto estrictamente histórico, la figura ahora estudiada, desconocida para el Derecho Romano la regla que sanciona la eficacia liberatoria del pago al acreedor "aparente" es, en primer término, reconocida por los juristas del siglo XVII, siendo recibida luego, a nivel legislativo, por el Código Civil francés (CODE), contando con el aval personal de Photier.

La problemática del pago al denominado "acreedor aparente" está vinculada a la apariencia y, consecuentemente, a la confianza generada en la situación de hecho en la que una persona que está en posesión del derecho de cobrar, sustantivamente no tuvo o no debió tener la posición crediticia; situación que sería suficiente, para considerar extinguida la obligación y, por ende, liberado el deudor. Para tener claro el precepto reseñado, es pertinente desarrollar algunos puntos específicos, el primero de los cuales consiste en la, tal vez mal, llamada "posesión del crédito", que es el término utilizado por la norma acotada.

¹⁶³ Código Civil comentado. Edit. Gaceta Jurídica. Tomo VI. Obligaciones. Pag. 474-476.

Se ha señalado que la concepción de la "posesión del crédito" estaba, en un primer momento, vinculada a la regulación de las hipótesis del pago (cumplimiento) realizado frente a quien se encontraba en la posesión de documentos del crédito, a título de sucesión mortis-causa, o bien en virtud de una cesión inválida.

La noción de "posesión del crédito" declamaba, en otros términos, la tutela posesoria del mismo, tutela que encontraba su manifestación también en la posibilidad, por parte del poseedor, de pretender el cumplimiento, con correlativos efectos liberatorios para el deudor, dejando a salvo la acción de restitución por parte del verdadero acreedor. Sin embargo, tal forma de entender la fattispecie legal, terminaría por absorber dentro del artículo 1226 del Código Civil el supuesto ahora analizado. Lamentablemente nuestro legislador ha utilizado un término inapropiado, ya que técnicamente la posesión del crédito no existe; sólo cabría hacer uso de él en términos metafóricos.

Más conveniente es señalar que la norma desea expresar que tiene efectos liberatorios el pago realizado a un sujeto que, como ya dijimos, se encuentra en una situación de hecho que implica el ejercicio efectivo del derecho capaz de suscitar confianza en una real pertenencia del derecho, debiéndose acotar que dicha confianza no debe derivar de apreciaciones subjetivas que tomen en consideración cómo el deudor ha entendido la situación a quien ha pagado, sino de un examen objetivo de las circunstancias que rodean al acto de cumplimiento a fin de juzgar si la apariencia generada justificaba el comportamiento debitorio y considerar extinguida la obligación.

También es de resaltar que, dentro de los parámetros señalados, cabría efectuar una diferencia entre el así llamado "acreedor aparente" y "quién aparece legitimado a recibir", puesto que es verdaderamente distinto el plantear y resolver la temática apreciando la esfera jurídica de un sujeto (acreedor aparente) que obviamente tendría no sólo la legitimidad, al menos frente a la liberación del deudor, de recibir la prestación, sino incluso el poder de

disposición sobre ella; que hacerlo desde una panorámica que atienda a un sujeto legitimado, en los términos señalados, solamente para recibir dicha prestación.

Así, se puede discutir si la norma acotada pueda ser aplicada al representante del acreedor aparente e incluso al representante aparente del acreedor aparente; máxime cuando ella se remite a señalar genéricamente que extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho a cobrar. La cuestión en nuestro ordenamiento encontraría fundamenta en el silencio que guarda la norma en torno a la extensión o restricción del concepto de destinatario del pago, puesto que dentro de éste podría abstractamente situarse tanto al representante o al representante aparente del acreedor aparente.

Para dar una conveniente solución al problema debe considerarse que éste se encuentra inmerso en la aplicación del llamado principio de la apariencia jurídica. La regla así recogida se particulariza en la relevancia atribuida a una situación (jurídica) de apariencia (situación manifestada) en torno a la titularidad del crédito, que se basa sobre una situación objetiva, definida por algunos como una situación manifestante, que se remite a hechos y circunstancias de hecho relevantes por sí mismas en forma autónoma, prescindiendo de la singular relación con el deudor.

La situación jurídica que en virtud de la apariencia parece existir es una situación de legitimación que las circunstancias de hecho hacen aparecer como existentes, aun cuando, desde el punto de vista sustancial, no existen en la realidad jurídica. Y es, por demás, oportuno señalar que la apariencia, al estar en confrontación con la realidad-sustancial, debe ser de aplicación excepcional. No puede impostarse la legitimación del principio jurídico de la apariencia desvinculado de inequívocas disposiciones en cada derecho positivo la legitimidad del principio no puede, sin embargo autorizar incautos empleos fuera de los casos específicamente previstos por la ley.

8. PRESUNCIÓN A FAVOR DEL PORTADOR DE UN RECIBO

Normalmente debe efectuarse la prestación al acreedor. En otras palabras, no libera la prestación a un tercero; antes bien, debe el cumpliente reclamarle la restitución mediante la acción de enriquecimiento. El caso contemplado en la norma se identifica con un pago a un sujeto no-acreedor, posee una apariencia que, según las circunstancias (hechos externos a la situación concreta), lo legitiman frente al deudor a recibir el pago, generándose la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor.

Lo que sucede es que, en este caso, la hipótesis se materializa en que el sujeto que recibe el pago apoya su legitimación en que es portador de un recibo (carta de pago), es decir, de un documento que, según la apreciación normal de las circunstancias, sería entregado por el verdadero acreedor ante la realización de la prestación debida (pago).

Cuando se refiere a esta presunción, está haciendo alusión a una de naturaleza iuris tantum, en otros términos, a una que admitiría prueba en contrario, por parte del acreedor afectado, la que, según se infiere del contenido del precepto, debe de estar basada en una apreciación total de las circunstancias conexas a las personas involucradas, al lugar y al momento en que se efectúa el pago, etc.; e incluso, en una valoración preponderante, a las características del documento (recibo) destinadas a generar en el sujeto que cumple la convicción de que efectúa un pago válido (por ejemplo, el hecho de que aparezca la firma del acreedor, o el hecho de que el recibo sea similar o igual a los anteriores recibos utilizados por el acreedor, en situaciones en que personalmente haya recibido el pago).

Es menester indicar que, por efecto de la buena fe, reconocida en el artículo 1362 del Código Civil también para la ejecución el contrato (principal fuente de las obligaciones), las circunstancias tenidas en cuenta deben ser aquellas anteriores, coetáneas y posteriores al hecho del pago, al encontrarnos dentro

del marco de la interpretación de un comportamiento, con el fin de otorgarle un significado objetivo sobre el cual las partes podían y debían tener razonablemente confianza. En síntesis, las circunstancias conocidas por el que presta no deben oponerse a esta hipótesis. En opinión particular, yo agregaría también a las circunstancias conocibles utilizando la debida diligencia en el cumplimiento, se requiere únicamente que el que presta no conociera las circunstancias que, racionalmente apreciadas, hubieran de llevar a formar la opinión de que el portador no estaba autorizado.

La doctrina alemana, a la que hay que referirse en tanto el antecedente legislativo así lo permite, por demás creadora del concepto de autorización en esta sede, señala que la prestación hecha al portador de un recibo es, pues, plenamente válida aunque éste lo haya robado o encontrado, no así cuando el recibo es falsificado, ya que resulta evidente que la norma se atiene a la premisa de que el recibo es auténtico. Sin embargo, en determinadas circunstancias en que el acreedor la posibilite por su negligencia, la falsificación de recibos puede implicar una infracción a los denominados deberes accesorios de protección, insertos en la relación obligatoria conjuntamente con el deber principal de prestación, generando con ello el derecho al resarcimiento correspondiente derivado de responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones, según la terminología del Código Civil.

Y es que cuando el acreedor confecciona un recibo, tal y como debe de ser entregado al deudor luego del cumplimiento, asume el riesgo de que el mismo pueda ser sustraído o perdido, no siendo relevantes estos hechos a fin de discutir el cumplimiento válido; por el contrario, cuando se tenga que el acreedor coadyuve, se supone involuntariamente, a la falsificación de recibos, por ejemplo cuando su formato sea muy simple o utilice el modelo de recibo que puede ser obtenido en cualquier librería, y su firma sea un garabato cualquiera, cabría que el deudor perjudicado (no liberado) obtenga el resarcimiento, el que incluso podría ser opuesto a la deuda misma.

Con el fin de redondear la idea debemos de advertir que la legitimación a la que nos estamos refiriendo encuentra sustento casi siempre en una real o, en todo caso, según lo expuesto, en una presumible autorización del acreedor. Al portador de un recibo se le considera autorizado para recibir la prestación. La regla se aplica, en general, no sólo cuando se recibe el pago en nombre del acreedor, sino también cuando se lo recibe en nombre propio, acaso como cesionario (presunto) a cambio de recibo del acreedor; no cabiendo, en este último caso, hablar de una autorización, pues ella supone siempre una actuación a nombre ajeno (dependencia funcional), lo que no se verifica cuando se recibe la prestación en la propia esfera de quien la recibe personalmente.

Por último, la lógica de la excepción a la regla descrita al inicio del comentario se obtiene considerando que cuando el acreedor confecciona un recibo con anterioridad a la recepción de la prestación, origina el peligro de un abuso por un tercero; por ello, se protege al deudor que, actuando de buena fe.

9. PAGO A INCAPAZ

Siguiendo las investigaciones efectuadas sobre el particular (OSTERLING y CASTILLO), podemos establecer que el principio recogido en la norma registra antecedentes que nos remiten incluso a la Ley de las Siete Partidas.

El Código Civil de 1852, por otro lado, también nos da un alcance, con la salvedad de que en tal codificación se establece la validez (eficacia) del pago, siempre y cuando éste haya contribuido con la alimentación o salud de los menores, locos, pródigos declarados. Desde aquel momento, tenemos una constante hasta el Código Civil de 1984, en donde el concepto de pago útil prevalece sobre cualquier otra especificación, pues de su verificación dependerá la extinción total o parcial del crédito.

Sobre esto la norma general, recogida en el artículo 1224, es que pueda realizarse la ejecución de la prestación de igual forma al acreedor, a un representante suyo, sea legal, convencional o judicial, o incluso a una persona no autorizada siempre que el acreedor lo ratifique.

El tema central bajo examen es justamente la actuación del deudor dirigida al cumplimiento, cuando éste se verifica frente a un acreedor incapaz sin que medie la intervención de sus representantes legales. Y es que el accipiens (acreedor) del pago no sólo debe estar legitimado para recibirlo, sino que además debe poseer la capacidad para ello (DIEZ PICAZO). Es claro también que si concordamos nuestra norma con el artículo 1224 del Código Civil, resulta siendo de acertada aplicación el principio de la validez del pago que se efectúa a persona no autorizada siempre y cuando éste se ratifique por el acreedor; ante lo que conseguiremos, de igual forma que el pago realizado al acreedor en el momento en que era incapaz, que dicho cumplimiento (pago) pueda ser válido si es que éste ratifica el mismo una vez recuperada su capacidad.

Trascendental, a fin de establecer ya su correcta aplicación y desentrañar la ratio de la norma, es referirse concretamente a la idea de incapacidad, ya que su diverso entendimiento puede dar lugar a la ampliación o reducción de la fattispe-cebajo análisis. No sería un problema de índole estrictamente teórica, sino, por el contrario, de una temática que permite lógicamente al operador jurídico proceder al establecimiento de los límites de actuación normativo-particular, y decidir en qué casos se va a producir la extinción de la obligación dentro de los márgenes permitidos por la ley, identificados, en este caso, con la "utilidad" del pago efectuado para el incapaz.

Verificada la incapacidad, o el tipo de incapacidad que corresponda según analizaremos seguidamente, del acreedor, el efecto consecuencial (regla general) es la no-extinción de la obligación, salvo, como ya lo dijimos, en la parte que dicho pago (cumplimiento) haya sido útil para el acreedor incapaz.

En términos generales, se requiere la capacidad del acreedor, justificándose tal parecer en que éste podría hacer mal uso de la prestación recibida, desperdiciando el dinero o bien destruyendo la cosa.

Problema más profundo es aquel que concierne a si la norma, referida estrictamente al pago no extintivo recibido por el propio acreedor incapaz sin autorización de sus representantes, supone la verificación, en el propio acreedor, de la incapacidad de ejercicio legal, la incapacidad de ejercicio natural o ambas a la vez. Tomando como punto de inicio la idea de que la incapacidad de ejercicio legal, que niega la actuación negociable, resulta fácil y seguramente reconocible, por el hecho de que fluye directamente de los Registros Públicos (por ejemplo, Registros de Identificación y/o de Estado Civil) por la presunción de conocimiento, se debe concluir que su verificación niega la posibilidad del efecto extintivo obligacional; máxime si se denota la tendencia a la irrelevancia de la confianza de los terceros (incluido el deudor) de que la ignoren, puesto que su ignorancia se configura, como algunos dicen, casi por definición, como ignorancia culpable, siendo tal vez más adecuado referirse a una ausencia de tutela de la situación de desconocimiento de la incapacidad por efecto de la presunción instaurada en nuestro ordenamiento, a fin de evitar recurrir a la ficción impropia de la culpa.

El deudor que paga a un acreedor incapaz de ejercicio legal, no podrá alegar buena fe y solicitar protección a su confianza. Resulta evidente que de parte del incapaz no debe haber habido dolo para inducir al deudor a la ejecución del pago, puesto que, en este caso, no se podrá alegar la ineficacia del pago.

10. EL PAGO POR EL DEUDOR

El deudor es el llamado a pagar. El acreedor no puede esperar pago de ninguna otra persona pues fue en atención al deudor como se originó su crédito. Sin embargo la ley autoriza a cualquier persona a pagar por el deudor, aún contra la voluntad del acreedor. Solamente en el evento en que se trate de una obligación de hacer, en que para la realización del hecho se haya tomado en consideración la aptitud del hecho o talento del deudor, el cumplimiento queda circunscrito a la persona misma del deudor. Pero nada obsta para que el acreedor acepte que aún en estos casos la prestación in intuitus personae pueda ser cumplida por un tercero.

El pago que se hace por un tercero a nombre del deudor puede descompensarse en las siguientes tres hipótesis:

- a. Que pague con el consentimiento expreso o tácito del deudor. En este caso se opera el fenómeno de la subrogación, es decir de la transmisión legal del crédito del acreedor al tercero que pagó, y por tanto éste entra a reemplazar al acreedor con todas sus atribuciones, privilegios, garantías, etc.
- b. Que pague sin el consentimiento del deudor. No se opera el fenómeno de la subrogación legal ni podrá el tercero obligar al acreedor a que le ceda el crédito, pero tendrá acción para que el deudor en cuyo nombre le reembolse lo pagado. La obligación evidentemente se extingue, y con ellas las garantías y privilegios que la acompañaban. Surge ahora una nueva de reembolso a cargo del deudor y en beneficio del tercero que pago por él.
- c. Que el tercero pague contra la voluntad del deudor. En este evento la ley ya no lo protege. Ni se ha subrogado ni tiene derecho de reembolso. Solo le queda la posibilidad de intentar frente al acreedor la cesión de la acción que ampara el crédito pero que por ser un

intruso no puede aspirar a protección alguna frente al deudor técnicamente queda libre.

En nuestra legislación, el Código Civil vigente regula en el artículo 1223 que establece ciertas exigencias de orden subjetivo que el solvens debe alcanzar para efectuar un pago válido. Se trata, vale la pena reiterarlo, de requisitos exigidos con relación al solvens¹⁶⁴ como sujeto, requisitos sin los cuales el pago que éste realice no tiene el significado jurídico de un cumplimiento y no provoca la extinción de la relación obligatoria ni, por cierto, la liberación del deudor. Lamentablemente el artículo tiene una redacción sumamente pobre que impide identificar con facilidad la exacta configuración, la intensidad y los alcances de tales requisitos. En efecto, es elíptica y hasta de Perogrullo la afirmación según la cual hace un pago válido quien se encuentra en aptitud legal de pagar. Es más que evidente que si el ordenamiento jurídico impone al solvens ciertas aptitudes legales para pagar y tales aptitudes se reúnen, el pago es legalmente válido. La cuestión que la norma debería indicar directamente y que no hace es: cuáles son esas aptitudes legales que se requiere en el solvens para efectuar un pago al cual la ley sí reconozca el efecto extintivo de la obligación.

Evidentemente si la persona del solvens reúne tales exigencias -que, repetimos, la norma no indica- y paga, efectuaría un pago válido (a menos, claro está, que exista otra índole de problemas que ahora no nos corresponde afrontar).

El artículo 1236 del Código de 1936, que, según lo que el mismo legislador declara, le sirvió de fuente, mandaba que para pagar válidamente era necesario ser dueño de lo que se da en pago y hábil para enajenarlo. Este precepto, que es el que se habría recogido en el primer párrafo del artículo 1223 vigente, sometía la validez del pago a dos requisitos, de los cuales el

¹⁶⁴ Otras normas, en efecto, como los artículos 1132, 1220, y 1221 del Código Civil, imponen ciertas exigencias con respecto a la propia prestación y pueden por ello denominarse requisitos objetivos.

primero era el relativo a la titularidad del -derecho de propiedad del- objeto del pago y el segundo a la capacidad del solvens para enajenar ese objeto. En otras palabras, si se quería pagar válidamente era indispensable que el deudor fuera propietario del bien objeto de la prestación y que no fuera incapaz, o para decirlo en positivo, que tuviera la capacidad que la ley exigía para enajenar tal bien. Es probable que, precisamente para referirse a estas dos exigencias con una sola expresión, el legislador del Código vigente haya utilizado una dicción tan imprecisa como aquella de "aptitud legal". La expresión utilizada también permitiría comprender los casos menos radicales pero en los que la exigencia de tratamiento es la misma, es decir aquellos en los que, aunque no consistiendo en la transferencia del derecho de propiedad, sí implican una limitación o gravamen de dicho derecho, como sería la constitución de un derecho de usufructo o de un derecho de garantía o incluso un derecho relativo al uso del bien (como en el arrendamiento o en el subarrendamiento), etc. En otras palabras, el ámbito de la norma sería el de aquellos supuestos en los que, a título de pago, debe transferirse el derecho de propiedad o constituirse o transferirse algún otro derecho real o algún derecho relativo al bien, y "aptitud legal" significaría titularidad del derecho de propiedad o del derecho que se transfiere, o titularidad del derecho o la legitimación que autoriza a constituir el derecho real o el derecho de que se trate y capacidad para enajenar o constituir dicho derecho¹⁶⁵.

Por lo tanto, la norma del primer párrafo del artículo que comentamos está limitada al pago de obligaciones que provocan la transferencia de propiedad o de otro derecho real sobre una cosa o la constitución de algún derecho real o de algún otro derecho relativo a ella, y no a todo el universo de las obligaciones. Es claro, por ejemplo, que esta exigencia no puede predicarse respecto de las prestaciones restitutorias, en las que el bien es de propiedad del acreedor, como en el comodato o en el arrendamiento. Igualmente inviable

¹⁶⁵ Lo señala OSTERLIN, Felipe, esta vez con la colaboración de Castillo Mario, "Tratado de las Obligaciones", Biblioteca para leer el Código Civil, primera parte- tomo IV, PUCP, Fondo Editorial, Lima 1994. p. 297.

sería que se exigiera que el solvens sea dueño del bien cuando la obligación consistiera en la prestación de un servicio, como en el mandato, o cuando se tratara de una obligación con prestación de no hacer.

Pero en cambio, no sería imposible o inviable (aunque eventualmente inapropiado o inconveniente, hasta absurdo, acaso) exigir que en general, para el pago de cualquier tipo de obligación que suponga una conducta positiva (es decir, no una simple abstención), el solvens sea capaz. No es un secreto que detrás de la secular polémica acerca de la naturaleza jurídica del pago se encuentra fundamentalmente el problema relativo a la necesidad o no de capacidad negocial del solvens para efectuarlo. Recordemos que el primer párrafo de este artículo 1223 establece dos requisitos de los cuales el primero se refiere a la titularidad o a la legitimación respecto del derecho que se transmite o que se constituye por medio del pago; y el segundo a la capacidad para pagar.

Entonces, si, como parece, el primer párrafo del artículo 1223 al expresar la exigencia de aptitud legal para pagar está en realidad estableciendo dos requisitos para la actividad solutoria, podría sostenerse que el primer requisito que contiene el artículo (legitimidad para la transferencia o constitución del derecho real o de algún otro derecho relativo al bien) sólo se aplicaría a las obligaciones cuya prestación consiste en una entrega de bienes con efecto traslativo de propiedad o de otro derecho real o con efecto constitutivo de algún derecho relativo al bien, y que el segundo, que no contiene una limitación *in re ipsa* (capacidad del solvens) está referido a todos los supuestos de pago que suponen una conducta positiva; con lo cual, ambos requisitos resumidos en la expresión "aptitud legal" tendrían un ámbito de actuación distinto, uno más extenso que el otro.

No obstante, a modo de antecedente vale la pena recordar que cuando el artículo 1236 del Código anterior exigía la capacidad del solvens con la dicción "hábil para enajenarlo", aludía inequívocamente a la capacidad para

enajenar un bien y con ello sólo al pago de obligaciones relativas a la transferencia de propiedad¹⁶⁶ con lo que ambos requisitos tenían el mismo ámbito de aplicación: el deudor tenía que ser "hábil para enajenar" el bien del cual tenía que "ser dueño" para poder transferirlo en pago.

Por otra parte, un dato ulterior y en nuestro concepto determinante para interpretar, ya dentro del contexto de nuestro Código vigente, que la exigencia de la "aptitud legal" del deudor (con los dos requisitos que la fórmula encierra) está referida solamente a las prestaciones que transmiten o constituyen derechos reales u otros derechos relativos al bien (uso), lo proporciona el segundo párrafo del artículo bajo comentario que se preocupa de regular en qué casos se restituyen y en qué casos no, los bienes que se entregaron en pago violando la regla contenida en el primer párrafo.

En consecuencia, a pesar de que la ubicación del artículo 1223 dentro de las "Disposiciones generales" relativas al pago podría sugerir otra cosa, debe entenderse, al menos como punto de partida, que los dos requisitos que su primer párrafo impone, únicamente están referidos al pago que provoca la transferencia o la constitución de un derecho real o de un derecho relativo a un bien.

Habiendo identificado la índole de los requisitos subjetivos que la norma exige para pagar -cuando se trata de la entrega de un bien- es necesario observar que, con relación al primero, hay hasta dos órdenes de supuestos que pueden presentarse. El primero es que el deudor sea dueño de lo que da en pago; el segundo es que no lo sea. En este segundo caso, que es el que nos interesa, hay por lo menos tres sujetos que pueden estar involucrados en su supuesto de hecho, a saber: el solvens, que paga con un bien ajeno; el acreedor que recibe como propietario el bien que el deudor le entrega; y el tercero, que es el propietario del bien. Es necesario observar también, que ya

¹⁶⁶ León Barandiarán, José. Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de Obligaciones. II. P. 187 y 188.

existen otras normas en el Código Civil que regulan, al menos en parte, problemas de la misma índole y si no las identificamos con precisión, corremos el riesgo de provocar incongruencias altamente perniciosas desde el punto de vista de sistemática pero sobre todo de solución de conflictos de intereses.

En efecto, el Código contiene un conjunto de normas que por razones de política legislativa constituyen un apartamiento consciente de aquel principio de congruencia y causalidad jurídica según el cual, nadie puede transmitir un derecho mayor que el que tiene (*nemo plus iurís ad alium transferre potest quam ipse habet*), de modo que permiten que ciertos sujetos en ciertas circunstancias deriven derechos de quienes, por no ser titulares de ellos, no pueden transmitirlos. Se trata de aquellas normas que autorizan la adquisición a domino. Entonces, si el deudor se ha obligado a transferir en propiedad al acreedor un bien mueble determinado del que no es propietario y el acreedor lo recibe de buena fe, tenemos una norma que dice que el pago no es válido y lo obliga a devolverlo, impidiendo así que el acreedor lo retenga (artículo 1223 del Código Civil) y otra según la cual el acreedor se convierte en propietario del bien, permitiéndole así quedarse con él a título de dueño (primera parte del artículo 948 del Código Civil)¹⁶⁷.

Ambas disposiciones sólo podrían coexistir en la medida en que tengan ámbitos normativos diferentes, lo que significa que el artículo 1223 no puede ser de aplicación a los casos en que se aplican las reglas de la adquisición a domino, y viceversa. Entonces, parece claro que el sentido que tiene el artículo 1223 no está en regular el conflicto de intereses que se presenta entre el acreedor que recibe en propiedad un bien que no es del deudor y el tercero propietario, situación que ya está regulada por el otro conjunto de reglas previsto específicamente para esa situación; sino más bien en regular el

¹⁶⁷ Tratándose de inmuebles no existe inconveniente, ya que no siendo la transferencia de propiedad consecuencia de un pago en sentido técnico, es decir en la conducta del deudor que constituye la actuación de la prestación debida, el artículo 1223 no resulta aplicable con respecto a dicho efecto.

conflicto de intereses que se presenta exclusivamente entre el deudor que paga con un bien ajeno y el acreedor que recibe en pago dicho bien.

La norma atiende más bien el interés que tiene el deudor que pagó con un bien ajeno, en recuperarlo de manos del acreedor para evitar la responsabilidad que asume frente al propietario. En tal sentido, el segundo párrafo del artículo 1223 obliga al acreedor a devolver el bien incluso si lo recibió de buena fe, para que el deudor pueda entregarlo a su dueño. Lo que resulta muy cuestionable desde el punto de vista de política legislativa, es la diversidad de criterios que ha tenido nuestro legislador para valorar los intereses en juego. La seguridad del tráfico lo lleva a establecer todo un sistema en cuya virtud el accipiens de buena fe adquiere la propiedad del bien que no pertenece al tradens, y ni siquiera el verdadero propietario puede vencer al adquirente y obtener la restitución de la cosa.

En otras palabras, prefiere el interés del adquirente y subordina el del tercero propietario. Pero a continuación permite que el interés del adquirente sucumba frente al interés del solvens, que fue quien entregó el bien ajeno, para evitar que éste pueda incurrir en responsabilidad frente al propietario; la elección del legislador parece del todo inconsistente. Una solución más acorde es la que ensayó el legislador del Código Civil italiano cuyo artículo 1192 (que tiene un espectro más reducido) permite al deudor recuperar del acreedor los bienes que le entregó y de los que no podía disponer sólo si al mismo tiempo le ofrece en sustitución bienes de los que sí puede disponer.

Sin embargo, creemos que el acreedor también puede conseguir un efecto análogo ejerciendo el derecho de retención frente a su deudor que pretende la restitución del bien ajeno que entregó en pago.¹⁶⁸

¹⁶⁸ En resumen, el artículo 1223 exige dos requisitos subjetivos para pagar válidamente, de los cuales el primero se extiende solamente a las obligaciones de dar y consiste en la legitimación del deudor para entregar el bien con el cual paga, es decir, que sea dueño del bien si el pago consiste en la transferencia

11. EL PAGO

Debe Pagarse la prestación debida, conforme a su naturaleza. Así, se paga una prestación de dar transmitiendo el derecho real correspondiente; se paga o ejecuta una prestación de hacer realizando la actividad de que se trata o haciendo entrega de una cosa para su uso o servicio; se paga, en últimas, la prestación de no hacer, absteniéndose el deudor del hecho prohibido. Salvo pacto en contrario, el pago comprende los accesorios, frutos, adherencias de la cosa debida.

Si la prestación consiste en dar o transmitir el derecho de dominio es preciso tenerlo al momento del cumplimiento o ejecución pues nadie podría dar lo que no tiene. Por consiguiente, si fuere un tercero el que paga una prestación de transmitir el derecho de dominio debe ser igualmente dueño de lo que entrega, y desde luego, la facultad de enajenar, a menos que lo haga con el consentimiento del dueño de la cosa. De otro modo el pago no es válido.

La ley acepta, con todo, validez en el pago de una cosa fungible que ha sido consumida por el acreedor, hecho por quien no era dueño o no tenía facultad

de propiedad, y que esté autorizado como corresponde si entrega en pago la posesión de un bien a otro título, como en el caso de un subarrendamiento.

El segundo requisito, como ya se anticipó, es el relativo a la capacidad del solvens, pero tampoco encuentra una clara justificación y una apropiada regulación. Dada la índole de esta obra, no es posible ahora analizar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del pago, según las distintas teorías que la explican, y que rol juega la capacidad según cada enfoque. Pero si podemos afirmar que es inconveniente hacer depender la validez del pago de obligaciones que comportan la transferencia o la constitución de derechos reales o de otros derechos de la capacidad de ejercicio del deudor. Si el deudor debe la cosa y paga con ella no puede tener importancia que no haya sido capaz al momento de entregarla, habida cuenta que el deudor se despoja de aquello que de todas maneras corresponde al acreedor y que es obtuvo aquello a lo que tenía derecho y que de todas maneras podría conseguir a pesar del deudor por la ejecución forzada. Si el deudor entrega un bien distinto al debido podrá reclamar su restitución, pero no por falta de capacidad porque igualmente lo podrá reclamar si fuese capaz.

de enajenar, pero siempre que la consunción de la cosa haya sido hecha de buena fe por el acreedor, y pueda ello demostrarse.

No puede el acreedor forzar al deudor al pago de una cosa distinta de la convenida, aunque sea de inferior valor; tampoco puede por su parte el deudor obligar al acreedor a recibir cosa o prestación distinta de la convenida, así sea de igual o mayor valor que la convenida.

i. Cómo debe hacerse el pago.¹⁶⁹

Sí la prestación consiste en la dación o entrega de un cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo en el estado en que se encuentra a menos que el deterioro se deba al hecho o la culpa del deudor o de las personas por quienes el deudor debe responder o a menos que el deterioro sobrevenga después que el deudor se haya constituido en mora, casos estos en los cuales el acreedor puede pedir la rescisión del contrato o la indemnización, o solamente la indemnización si el acreedor acepta la cosa o el deterioro no pareciere de importancia.

El artículo 1653 del Código Civil dice que "si se debe capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital". Los artículos siguientes prescriben que si hubiere distintas deudas, podrá el deudor imputar el pago a la que elija, pero no podrá imputarlo a la deuda no vencida o devengada

¹⁶⁹ El artículo 1233 del C.C. señala que la entrega de títulos valores, que constituyen ordenes o promesas de pago, no extinguen la obligación sino cuando ellos hubiesen sido pagados o si por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto contrario.

Cuando tratamos de la cesión de derechos dijimos que esta también podía ser a título de pago y que podía hacerse bien pro soluto bien pro solvendo. Pues bien el artículo 1233 del C.C. se refiere a un supuesto especial en que en calidad de pago se hayan entregado títulos valores a la orden (letras de cambio, pagares, o cheques) Pues en esos casos sólo se producirá el efecto extintivo cuando efectivamente se produzca el pago de tales títulos por los obligados respectivos. Por ello la entrega de los títulos en calidad de pago es pro solvendo, y no pro soluto. En realidad si fuese así se produciría ya sea la dación en pago o una novación.

por sobre la que ya lo está sino con el consentimiento del acreedor, si el deudor no imputa el pago, el acreedor podrá hacerlo. Si ninguna de las partes imputa se preferirá la deuda vencida o devengada por sobre la que no está.

ii. Lugar de pago.¹⁷⁰

Debe hacerse en el lugar designado por la convención, Si no se hubiere estipulado lugar para el pago habrá que distinguir si se trata de un cuerpo cierto o de otra prestación; en el primer caso se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación; en el segundo caso el pago se hará en el domicilio del deudor, considerado por tanto como fuero general o de pago. Si hubiere mudanza de domicilio en el tiempo transcurrido entre el nacimiento de la obligación y el pago se hará siempre en el lugar que hubiere correspondido si no hubiere habido tal mudanza, todo salvo que las partes dispongan otra cosa de común acuerdo.

iii. Prueba del pago.

En la legislación peruana, este tema esta preceptuado en el art. 1229 del C.C. señala que la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado, la carga de la prueba de la obligación pesa sobre el acreedor;

¹⁷⁰ El artículo 1238 del C.C. peruano establece como regla que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. Luego a falta de pacto, costumbre o disposición legal, la regla es que el lugar para el cumplimiento de la obligación es el domicilio del deudor. Al respecto hay que tener en cuenta que el domicilio es una situación de hecho. Así el art. 33 del C.C peruano señala que: “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar y como consecuencia. El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

La ley permite que se señalen varios lugares para realizar el pago. En tales casos, el acreedor podrá elegir cualquiera de ellos para exigir el pago. La misma regla se aplica al deudor cuando el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor. El artículo siguiente precisa que si el deudor cambiase de domicilio habiéndose designado este como lugar de pago, el acreedor podrá exigirlo en el primer domicilio en el nuevo. Por otro lado el art. 40 del C.C. señala que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

pero es sobre el deudor sobre quien pesa la carga de la prueba del pago. En efecto cuando el acreedor ha demostrado la existencia de la obligación, el deudor invoca una excepción cuando pretende haber ya cumplido: reus in excipiendo fitactor.

Ciertamente la prueba más idónea de la verificación del pago la constituye el recibo. De allí que el artículo 1230 del C.C. señale que el deudor queda facultado para retener el pago mientras no se le otorgue el recibo correspondiente. Ello se justifica por cuanto el recibo constituye la declaración escrita del acreedor, aceptando la satisfacción del pago.

Ciertamente el pago puede probarse por cualquier otro medio que franquee la ley, siendo el recibo un medio suficiente de prueba, en el recibo se debe consignar cual es la obligación que se extingue con el pago, claro que, como apunta Warneyer, el recibo puede contener reservas, en cuyo caso deberá estimarse hasta donde constituye verdadera prueba del pago. Con relación a las reservas que puedan hacerse hay que tener presente la expresado por Alterini “En otro orden de ideas, el acreedor puede hacer constar en el recibo las aclaraciones o reservas pertinentes, así como la imputación en pago. Pero una pretensión abusiva de introducir cláusulas que retaceen el efecto cancelatorio de tal pago, lo dejaría en mora¹⁷¹.

Igualmente, el mismo artículo agrega que si el recibo consiste en la devolución del título que dio origen a la obligación y este se hubiese perdido, el deudor puede retener el pago y exigirle al acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado. Sin embargo, si en el título de la obligación aparecieran otros deudores cuyas obligaciones estuviesen pendientes de pago, o si el título sirviese de medio probatorio con respecto a otro derecho,

¹⁷¹ Alterini, Atilio Aniba; Ámela, Oscar José López Cabana “Derecho de Obligaciones civiles y comerciales. Buenos Aires 1995. p. 124.

en tal caso el acreedor podrá válidamente negarse a la devolución del título, pudiendo siempre el deudor exigir el recibo correspondiente¹⁷².

iv. Gastos del pago.

Los gastos del pago corren por cuenta del deudor, ya que el acreedor tiene el derecho de recibir el integro de la prestación, correspondiente al deudor los de la entrega de la cosa. Sin embargo los gastos de transporte son de cuenta del comprador, esto es, del acreedor; tal como lo apunta el artículo 1530 del C.C. al tratar de la compraventa. Se entiende, naturalmente, que la regla no se refiere a la integridad de los gastos, excluyendo los superfluos en que hubiera podido incurrirse.

12. FORMAS DE PAGO

A. PAGO POR CONSIGNACIÓN

El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:

¹⁷² Los dos artículos correspondientes, el art. 1231 y 1232 del C.C. contienen dos presunciones a favor del deudor, que admiten prueba en contrario. La primera de ellas se refiere al caso de cuotas periódicas disponiendo que el recibo de alguna o de la última, en su caso hace presumir el pago de las anteriores. Así el deudor puede pagar una prestación periódica aunque otras queden insolutas, pero el acreedor tendrá derecho a rechazar el pago si existiesen otras vencidas y no satisfechas. Si el acreedor recibiese ese pago y otorgarse el recibo, operar la presunción a favor del deudor, siempre juris tantum, en el sentido de que las prestaciones anteriores han sido pagadas.

La segunda de ellas determina que el recibo del pago del capital otorgado sin hacerse la reserva de intereses hace presumir el pago de estos. Esta regla se fundamenta en la conveniencia que tiene el acreedor de imputar la suma recibida primeramente a la extinción de los intereses antes que al capital, ya que es el capital el que genera los intereses, y los intereses no generan intereses, con excepción de lo dispuesto por el art. 1239 del C.C.. Por estas razones se considera que el otorgamiento del recibo por el capital sin reserva del derecho a cobrar intereses hace presumir que implícitamente se está reconociendo que ellos ya han sido cobrados.

- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o la hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.
- Que respecto del acreedor concurren los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado recibir el pago. Se entiende que hay negativa tacita en los casos de respuestas evasivas, de sin concurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando rehusé a entregar recibo o conductas análogas.

La consignación es un acto judicial que consiste en un deposito hecho a pedido del deudor en el Banco de la Nación o en poder de la persona designada por el Juez; procede únicamente en las obligaciones de dar no procede por su propia naturaleza tratándose de la obligaciones de hacer y no hacer¹⁷³. Los casos en que se admite son los siguientes:

En una primera hipótesis cuando el acreedor se niega injustificadamente a recibir el pago.- se considera que el pago es no solo una obligación, sino al mismo tiempo un derecho del deudor. Se admite esta figura del pago, para evitar que el deudor que está dispuesto a pagar no quede a pesar de ello incurso en mora; de este modo el deudor se libera por ejemplo de seguir pagando intereses o simplemente consigna para no ser demandado, para no tener esa preocupación de seguir debiendo; en otros supuestos para evitar ser desahuciado, si es arrendatario, por falta de pago de la merced conductiva. En una segunda hipótesis procede la consignación cuando el obligado no puede por motivos diferentes, “hacer un pago valido” entonces procede la consignación, interviniendo el juez competente del lugar del cumplimiento de la obligación. Dentro de esta segunda hipótesis tienen cabida diferentes supuestos de no poderse hacerse válidamente el pago:

¹⁷³ En el pago por consignación, el deudor empieza por ofrecer al acreedor la prestación debida y después de comprobar la negativa, consigna el objeto de esta. La oferta puede ser judicial o extrajudicialmente.

- Cuando el acreedor es incapaz y carece de representante legal.
- Cuando el acreedor es desconocido o está ausente y no ha dejado representante, esto es, mandatario, apoderado; vale decir en aquellos supuestos en que haya “indeterminación de la persona del acreedor”.
- Cuando hay litigio sobre el bien materia u objeto del pago.
- Si la deuda ha sido retenida a merito de una ejecución, procede la consignación a pesar de la prohibición judicial, si el deudor convino en ser depositario o en ser retenedor.
- Cuando habiendo pluralidad activa, todos los acreedores pretenden recibir el pago del único deudor y este decida consignar.
- En el supuesto de “extravío de título de la obligación” (artículo 1230, párrafo segundo).

Otra de las justificaciones es que el acreedor debe estar en mora debe negarse injustificadamente a recibir el pago, la mora del acreedor se encuentra regulada en el artículo 1338 del Código Civil. Para Albaladejo¹⁷⁴ “no consiste solo en que este injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización) sino retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación que se la reciba o se preste cooperación para que se realizada.

El Código organiza entre los artículos 125 al 1255, el pago por consignación, o sea el medio que confiere la ley al deudor o al tercero que quiere pagar, para que se cumpla la obligación en caso de que el acreedor se niegue a admitirlo, o cuando por alguna circunstancia el deudor no pueda directamente un pago valido.

En el Derecho Francés, la consignación es un medio extremo a que puede recurrir el deudor después de formular su oferta de pago por intermedio de agentes que no existen en nuestra organización legal. La negativa del

¹⁷⁴ ALBALADEJO, Manuel “Derecho civil, Derecho de Obligaciones”, II Vol. 1, 10° ed., Bosch, Barcelona, 1997 p.155.

acreedor en presencia de la oferta del deudor, es un hecho objetivo que define una situación legal y determina sus consecuencias. Los códigos de Argentina y Brasil enumeran con simple carácter enunciativo estos casos:

- Si el acreedor sin causa justa rehusara a recibir el pago u otorgar el recibo correspondiente.
- Si el acreedor no recibiera ni mandara recibir la cosa en el lugar y tiempo y condiciones acordadas.
- Si el acreedor fuera incapaz de recibir el pago.
- Si el acreedor fuere desconocido.
- Si estuviese ausente.
- Si hubiere duda sobre quien debe legítimamente recibir el objeto del pago.
- Si hubiese litigio sobre el objeto de pago.
- Si hubiese concurso de preferencia abierto contra el acreedor

Por otro lado, es conveniente señalar que la consignación, permite al deudor cumplir con su obligación, el inciso dos del artículo 1251 señala que el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida, cuando concurren los supuestos que señala el artículo 1338 del Código Civil esto es que el acreedor pueda incurrir en mora, no solo por negarse a recibir el pago, sino por no prestar su concurso a algún pacto preparatorio destinado a que el deudor pueda efectuarlo. El acreedor como se ha expresado, incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida, o cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, por ejemplo que el acreedor rehúsa a aceptar la prestación que legítimamente se le ofrece en el tiempo y modo convenidos o que rechaza concurrir los actos indispensables para el cumplimiento de la obligación. Entonces podemos decir que el pago por consignación es el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, con intervención judicial; esto último, es la característica fundamental de esta forma de pago.

El acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, en cuanto al objeto, modo y tiempo de satisfacerlo; o bien que el no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor. En cualquiera de estos supuestos, el deudor o quien tenga derecho de pagar, no puede quedar bloqueado en el ejercicio de ese derecho.

En definitiva podemos decir que el pago por consignación es un pago efectuado con intervención judicial. Por otro lado debe tenerse en cuenta que el pago por consignación es un recurso excepcional, La norma es que el pago se efectué en el plano de la actividad privada y con la sola actuación de las partes interesadas, solo cuando el deudor resulta coartado en el ejercicio de su derecho de pagar, está autorizado a recurrir a la consignación judicial¹⁷⁵.

B. PAGO POR SUBROGACIÓN

Se configura el pago con subrogación cuando el deudor paga con dineros tomados de un tercero. Acá se presentan o se distinguen dos acreedores: uno denominado subrogante, para el cual se extingue la obligación, en tanto que para el deudor no se extingue, porque el no ha pagado; el sigue debiendo. El tercero que paga es el acreedor subrogado, para el cual la operación ha sido un pago¹⁷⁶.

El deudor seguirá debiendo, pero ya no al primitivo acreedor o subrogante, sino al tercero, que es el nuevo acreedor (subrogado). Los fiadores siguen

¹⁷⁵ Según el artículo 1252 del C.C. el ofrecimiento puede ser judicial, también en los casos, cuando el acreedor se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

¹⁷⁶ Este es el pago hecho por un tercero, ósea por persona distinta al verdadero deudor, a cuyo favor se transmiten los derechos y las acciones del primitivo acreedor.

siendo los mismos, por lo mismos que el directo obligado a quien ellos garantizan, aun no ha ejecutado la prestación, sigue debiendo.

Para que se configure la subrogación precisa que está prevista por la ley o que sea acordada expresamente por las partes interesadas. No requiere de forma solemne especial, el plazo de la prescripción deberá computarse desde la fecha del pago hecho por tercero. Nos interesa la subrogación de carácter personal “mediante la cual una obligación es ejecutada o satisfecha o cumplida por persona distinta a la directamente obligada”.

Betti define a este tipo de subrogación “como el fenómeno de sub ingreso, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que este ocupa o, por lo menos que el estaba destinada.¹⁷⁷ En el mismo sentido, luego de distinguir entre subrogación real y personal.¹⁷⁸ Ospina Fernández sostiene que la subrogación personal se presenta “en todos los casos en que una persona reemplaza a otra en uno o más derechos u obligaciones”.¹⁷⁹

C. DACIÓN EN PAGO

La datio in solutum, ósea dación en pago, ya que cuando se habla de un pago por entrega de bienes, se despierta la idea de que se ha entregado algo corporal, algo tangible, y este modo extintivo de obligaciones no se reduce solamente a la posibilidad de entrega de una cosa, sino admite otras alternativas, como ser la ejecución de un hecho en beneficio del acreedor,

¹⁷⁷ BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones “. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Traducción y notas de José Luis de los Mozos. Tomo II, p. 254.

¹⁷⁸ La diferencia radica en que la subrogación real es la sustitución jurídica de un bien por otro bien, mientras que en la subrogación personal la sustitución se da entre personas.

¹⁷⁹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones”. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1980. Tercera Edición corregida, p. 377.

mediante el cual podría saldarse o extinguirse una obligación cuya prestación fuese distinta.¹⁸⁰

Al cambio introducido en la norma Osterling Parodi nos dice que “nada impide que se entregue dinero en pago de una prestación que no consista en una suma de dinero. Se ha considerado que siempre que se entregue una prestación diferente a la estipulada habrá dación en pago”.¹⁸¹

D. PAGO INDEBIDO

Se denomina también “pago de lo que no se debe”, “conditio indebiti”, es el pago hecho sin estar obligado a hacerlo. No existe obligación ni deuda por pagar; no siquiera hay un deber moral que justifique el pago.

El pago indebido es pues el pago realizado por error de hecho o de derecho y sin ningún fundamento jurídico. Igualmente se considera como pago indebido, el que existiendo pendiente realmente una obligación se hace por error a una persona que no es el acreedor; o el que, igualmente por error se hace por quien no es el deudor, pero creyendo que debe. Como el pago indebido es hecho a base de error, es repetible.¹⁸²

Para la procedencia de la restitución de un pago indebido, son cuatro los requisitos necesarios:

- Que haya habido un pago real y efectivo, sea en dinero u otros bienes y no una simple oferta de pago.

¹⁸⁰ Ver nuestro “Curso de Obligaciones”, Advocatus, T. II, Córdoba, 1993, pp. 239 y ss.

¹⁸¹ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”, en Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI. Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 158.

¹⁸² La norma general es de quien recibe un pago indebido, debe restituir al solvens, el dinero, bien o bienes recibidos indebidamente.

- Que el pago haya sido no debido, esto es, sin preexistir una obligación; o que se haya pagado dos veces, o que se haya pagado más de lo realmente debido, por error en la cantidad adeudada; o que se haya pagado a quien no es el acreedor; o haya pagado quien no es el verdadero deudor (*indebitum ex personis*).
- Que haya un error sea de hecho o de derecho en el solvens, de creer de buena fe que se debe tal cantidad, o que el solvens cree deber o el deudor cree pagar al verdadero acreedor, cuando en todos estos supuestos se procede por error. No interesa el error en el accipiens. Faltando este error en el solvens, no procede la “repetición”; y
- Que el solvens haya obrado “*animus solvendi*” El *animus solvendi* es el requisito general de todo pago, y lo es también del pago indebido.



CAPITULO V

IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISION DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACION EN LAS EMPRESAS DE AREQUIPA

1. PRESENTACIÓN

La población y muestra considerados en la presente investigación son los reportes de cheques dados en garantía a las diferentes empresas de responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa entre los años 2010 al 2011. Es así que en la investigación se ha considerado como variable sujeta a medición, el índice de veces que las empresas encuestadas utilizan cheques para pagos de obligaciones, es decir, con o sin conocimiento de que dicha práctica contraviene nuestra normatividad vigente.

Luego de efectuar la precisión respectiva, se estará en condiciones de determinar cuál es el porcentaje de empresas que contraviniendo la ley realizan un uso indebido del cheque para garantizar pagos de obligaciones ya sean propias o ajenas y las razones por las cuales realizan esta práctica ilegal, para finalmente determinar las implicancias legales de ello.

Del total de empresas, por razones de operatividad se ha tomado en cuenta aquellas que tienen conocimiento sobre el uso de cheques para el pago de obligaciones, es así que los datos recogidos y procesados de acuerdo con las variables e indicadores fueron sometidos a medición, todo lo cual nos ha permitido elaborar los cuadros y diseños que presentamos a continuación para luego poder efectuar el análisis e interpretación de los datos que contrastados con la hipótesis formulada nos permitirán elaborar las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

CUADRO Nº 01

**SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR EL PAGO DE SUS
OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS A TRAVÉS DE LA
EMISIÓN DE CHEQUES**

Permite	Subtotal	%
Si	74	82
No	16	18
Total	90	100

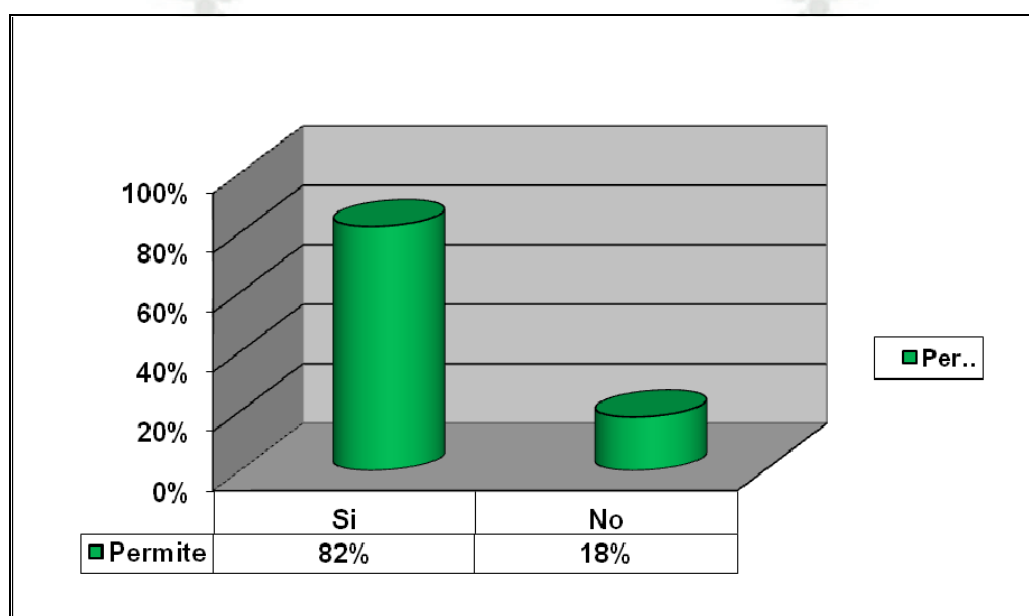
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este primer cuadro no muestra que del total de 90 empresas encuestadas que fueron materia de investigación, en un 82% de ellas se viene empleando indiscriminadamente el cheque como garantía para el pago de obligaciones, mientras que solo el 18% de las empresas encuestadas evidencian no utilizar cheques para garantizar deudas pendientes ya sean estas propias o ajenas, es así que los resultados nos demuestran la ilegalidad con la que trabajan la mayoría de empresas como acreedores o deudores.

GRAFICO Nº 01

**SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR EL PAGO DE SUS
OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS A TRAVÉS DE LA
EMISIÓN DE CHEQUES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 02

RAZONES POR LAS QUE SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR O NO EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES

Razones	Subtotal	%
Porque garantiza la obligación	54	60
Porque es un medio económico confiable	20	22
Porque no garantiza la obligación	10	11
Porque no es un medio económico confiable	6	7
Total	90	100

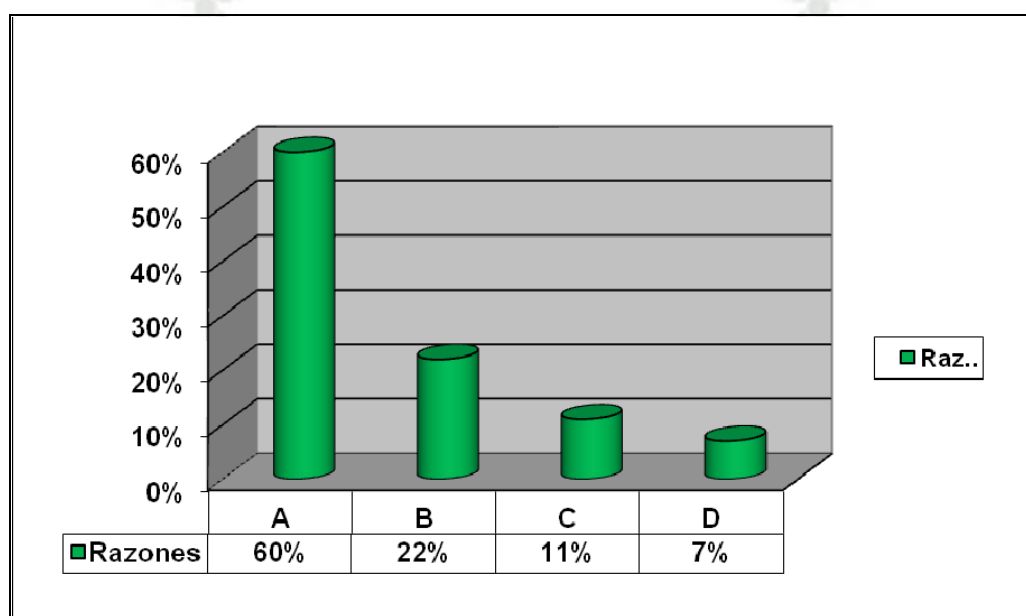
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos presenta que la principal razón por la cual las empresas encuestadas utilizan cheques para garantizar pagos de obligaciones en un 60% es porque mediante el uso de aquellos ellos pueden garantizar el cumplimiento de la obligación contraída ya sea propia o ajena, mientras que en un porcentaje mínimo del 11% algunas empresas no emplean dichos cheques porque consideran que su uso indebido no garantiza la obligación contraída, aseveración que contradice lo referido por las empresas que si emplean el cheque para garantizar el pago de obligaciones.

GRAFICO Nº 02

**RAZONES POR LAS QUE SU EMPRESA PERMITE GARANTIZAR O NO
EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES PROPIAS O FRENTE A TERCEROS
A TRAVÉS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Porque garantiza la obligación
B: Porque es un medio económico confiable
C: Porque no garantiza la obligación
D: Porque no es un medio económico confiable

CUADRO Nº 03

FACTORES QUE CONDICIONAN A SU EMPRESA PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN CON LA EMISIÓN DE UN CHEQUE

Factores	Subtotal	%
Económicos	58	64
Sociales	22	24
Jurídicos	8	9
Empresariales	2	3
Total	90	100

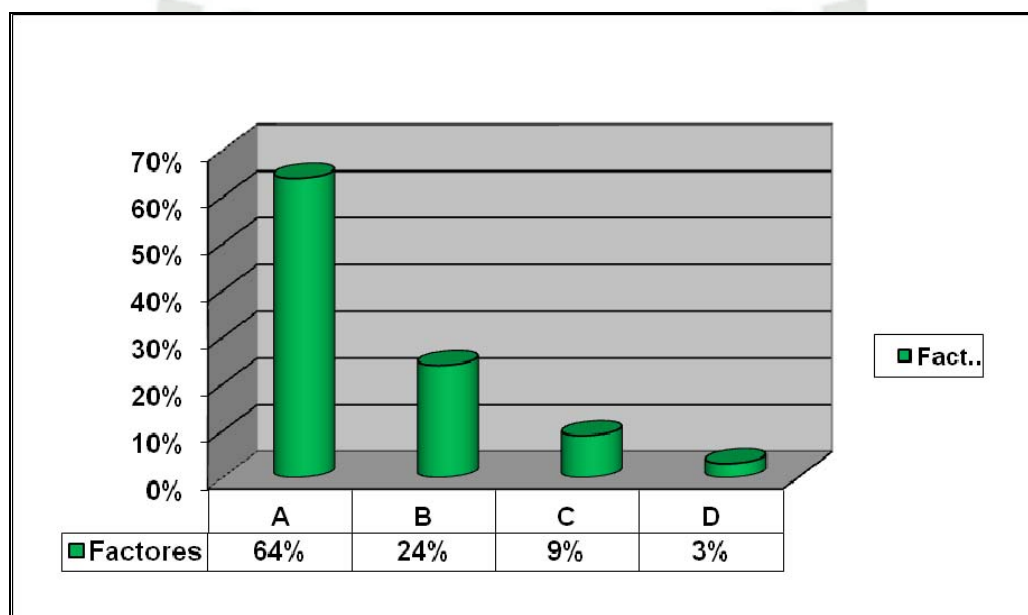
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

El presente cuadro nos evidencia que el principal factor por el cual las empresas encuestadas garantizan el pago de obligaciones con cheques, en un 64% se debe al factor económico, indicando que para poder asegurar el pago de las obligaciones contraídas prefieren aceptar dichos cheques, para de esta forma poder asegurar la estabilidad económica de la empresa y por ende su actividad empresarial de tal manera que no se vea perjudicada ante el incumplimiento de la obligación.

GRAFICO Nº 03

**FACTORES QUE CONDICIONAN A SU EMPRESA PARA GARANTIZAR
EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN CON LA EMISIÓN DE UN CHEQUE**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Económicos
B: Sociales
C: Jurídicos
D: Empresariales

CUADRO Nº 04

CREE USTED QUE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE GARANTIZA ADECUADAMENTE EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS

Cree	Subtotal	%
Si	35	39
No	55	61
Total	90	100

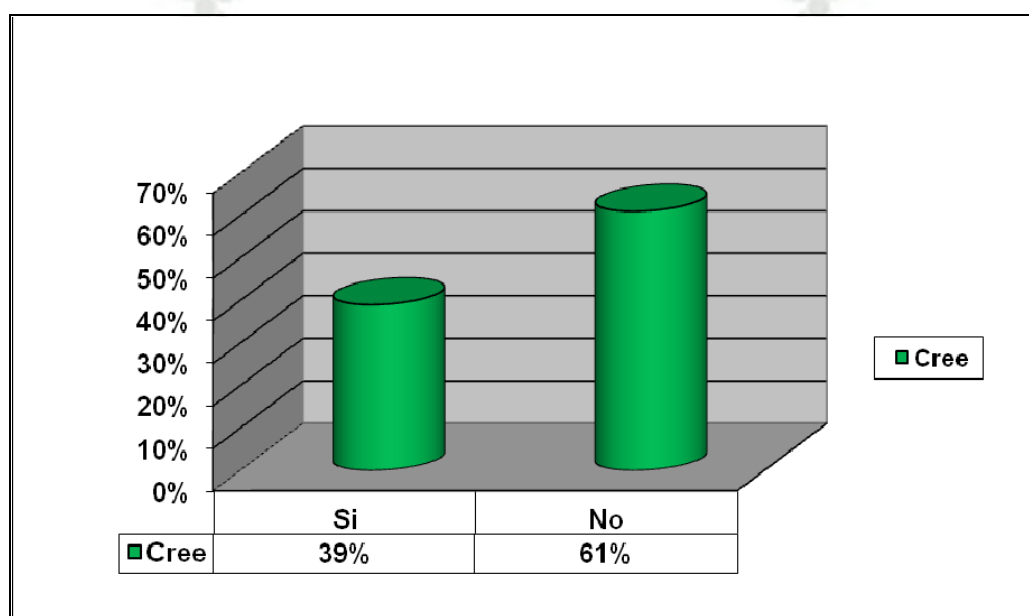
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos presenta si las empresas encuestadas consideran que la emisión de cheques garantizan adecuadamente las obligaciones contraídas ya sean propias o frente a terceros, siendo que en un 61% nos refieren que no es adecuado el empleo de este medio, mientras que un 39% si asevera que es adecuado el empleo de este medio, estas contradicciones en las respuestas nos evidencian el total desconocimiento de las empresas acerca del verdadero fin y uso del cheque en nuestro medio social.

GRAFICO Nº 04

**CREE USTED QUE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE GARANTIZA
ADECUADAMENTE EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE
A TERCEROS**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 05

RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE GARANTIZA ADECUADAMENTE EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS

Razones	Subtotal	%
Porque permite cumplir con los pagos	22	24
Porque garantiza la solvencia de la empresa	13	14
Porque no permite cumplir con los pagos	38	43
Porque no garantiza la solvencia de la empresa	17	19
Total	90	100

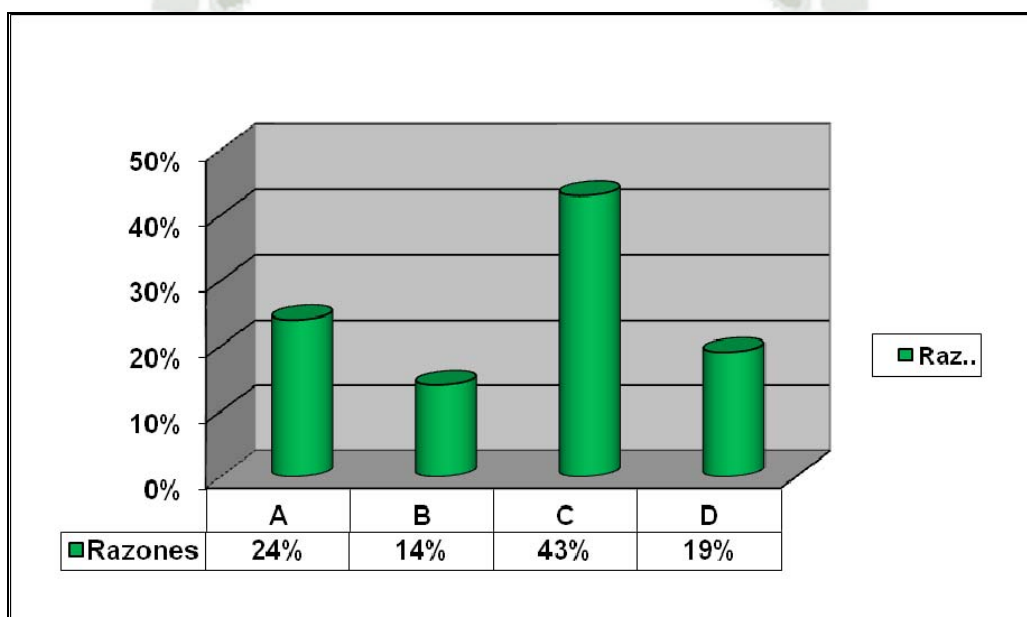
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos muestra que la principal razón por la cual las empresas encuestadas consideran que la emisión de cheques no garantizan adecuadamente las obligaciones contraídas ya sean propias o frente a terceros es en un 43% porque el uso de los cheques no permite cumplir con los pagos pactados entre los acreedores y deudores, mientras que la principal razón por la que si consideran que el uso del cheque es adecuado es en un 24% porque el uso de cheques si permite cumplir con los pagos pactados, respuestas de ambas posiciones contrapuestas que nos evidencian la falta de responsabilidad frente al uso del cheque.

GRAFICO Nº 05

**RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE LA EMISIÓN DE
UN CHEQUE GARANTIZA ADECUADAMENTE EL PAGO DE UNA
OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Porque permite cumplir con los pagos
B: Porque garantiza la solvencia de la empresa
C: Porque no permite cumplir con los pagos
D: Porque no garantiza la solvencia de la empresa

CUADRO Nº 06

REQUISITOS QUE TOMA EN CUENTA SU EMPRESA PARA LA EMISIÓN DE CHEQUES QUE GARANTICEN EL PAGO DE OBLIGACIONES

Requisitos	Subtotal	%
Que cumpla con las formalidades de ley	38	43
Que contenga fondo suficientes de pago	29	32
Que la firma corresponda a la persona	13	14
Que no se encuentre deteriorado	10	11
Total	90	100

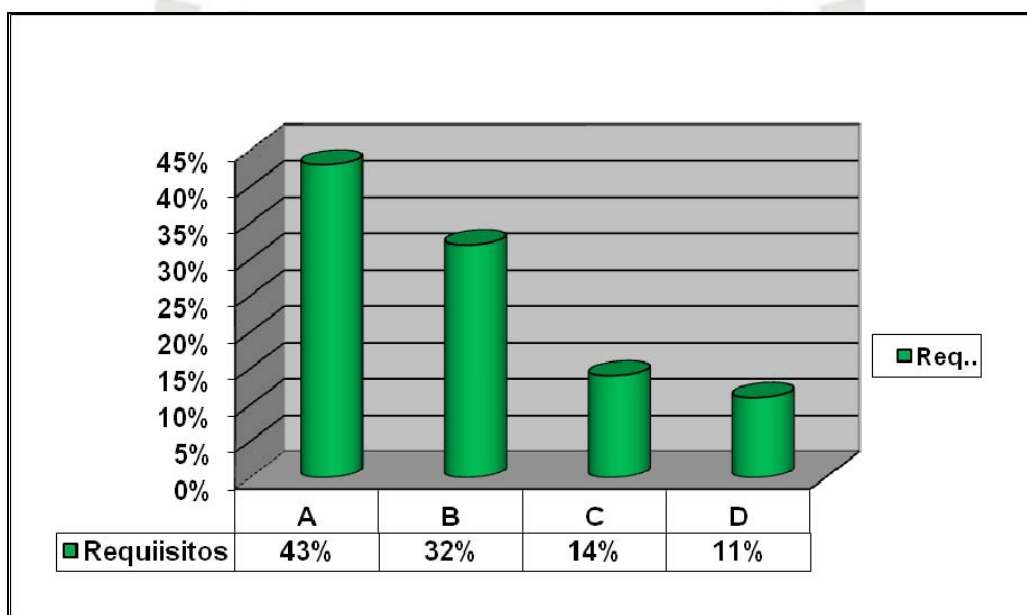
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

En el siguiente cuadro se refiere cuales son los requisitos que toman en cuenta las empresas encuestadas para la emisión de cheques para garantizar el pago de obligaciones, siendo que el principal requisito es en un 43% que cumplan con las formalidades de ley, no precisando en sus respuestas cuales son dichos requisitos, respuesta que es seguida en un 32% de que deben contener los fondos suficientes de pago, lo que evidencia que lo acreedores le dan cierta seguridad al cheque dado en garantía al cerciorarse de que el mismo contenga fondos para su cobro.

GRAFICO Nº 06

**REQUISITOS QUE TOMA EN CUENTA SU EMPRESA PARA LA EMISIÓN
DE CHEQUES QUE GARANTICEN EL PAGO DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Que cumpla con las formalidades de ley
B: Que contenga fondo suficientes de pago
C: Que la firma corresponda a la persona
D: Que no se encuentre deteriorado

CUADRO Nº 07

CONSIDERA USTED QUE ES LEGÍTIMA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS CON LA EMISIÓN DE CHEQUES

Considera	Subtotal	%
Si	32	36
No	58	64
Total	90	100

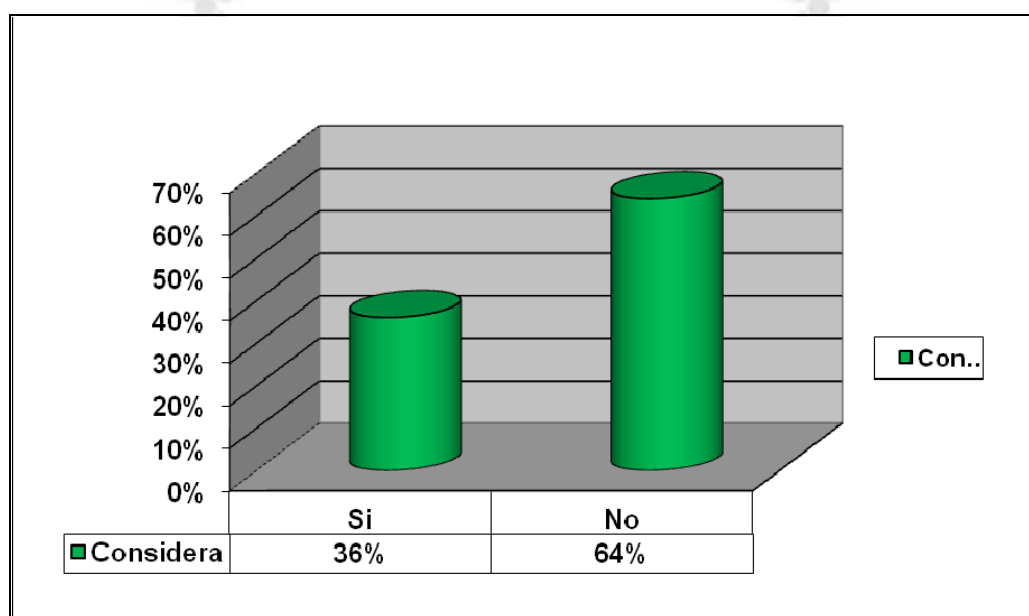
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos demuestra que un 64% de las empresas encuestadas refieren que no es legítimo el empleo de cheques para garantizar obligaciones, a pesar de que muchas de ellas si lo emplean en la práctica, mientras que un 36% reconoce que es legítimo el uso de cheques para garantizar obligaciones, estos últimos resultados nos evidencian el total desconocimiento que tienen algunas empresas en nuestro medio acerca de los alcances del cheque.

GRAFICO Nº 07

**CONSIDERA USTED QUE ES LEGÍTIMA GARANTIZAR EL PAGO DE
UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS CON LA EMISIÓN
DE CHEQUES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 08

RAZONES POR LA QUE CONSIDERA USTED O NO QUE ES LEGÍTIMA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A TERCEROS CON LA EMISIÓN DE CHEQUES

Razones	Subtotal	%
Porque la ley lo permite	22	24
Porque con ello se respalda la obligación	10	12
Porque la ley no lo permite	45	50
Porque con ello no se respalda la obligación	13	14
Total	90	100

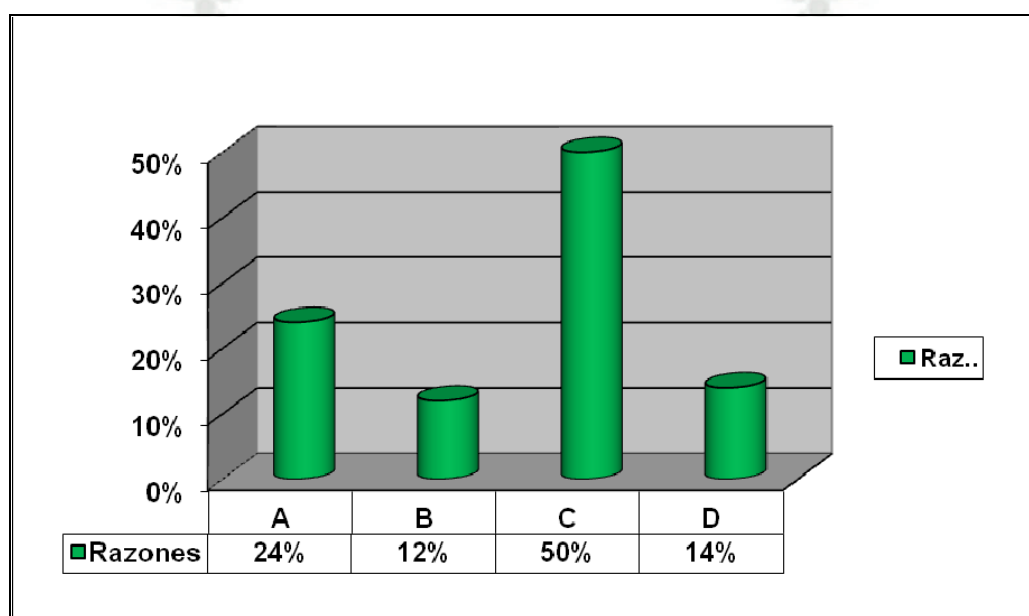
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

En este cuadro tenemos la principal razón por la cual la empresas encuestadas consideran que no es legítima garantizar una obligación ya se apropia o ajena con la emisión de cheques, siendo que en un 50% es porque la ley no lo permite, mientras que la principal razón por la cual algunas empresas si consideran que es legítima el uso de cheques para garantizar obligaciones en un 24% es porque la ley lo permite, esta respuesta nos demuestra lo concluido en cuadros anteriores que existe un total desconocimiento o probablemente un mala interpretación de la normatividad vigente respecto al uso exacto del cheque.

GRAFICO Nº 08

**RAZONES POR LA QUE CONSIDERA USTED O NO QUE ES LEGÍTIMA
GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN PROPIA O FRENTE A
TERCEROS CON LA EMISIÓN DE CHEQUES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Porque la ley lo permite
B: Porque con ello se respalda la obligación
C: Porque la ley no lo permite
D: Porque con ello no se respalda la obligación

CUADRO Nº 09

**TIENE CONOCIMIENTO QUE NUESTRA NORMATIVIDAD VIGENTE NO
PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE
OBLIGACIONES**

Conoce	Subtotal	%
Si	74	82
No	16	18
Total	90	100

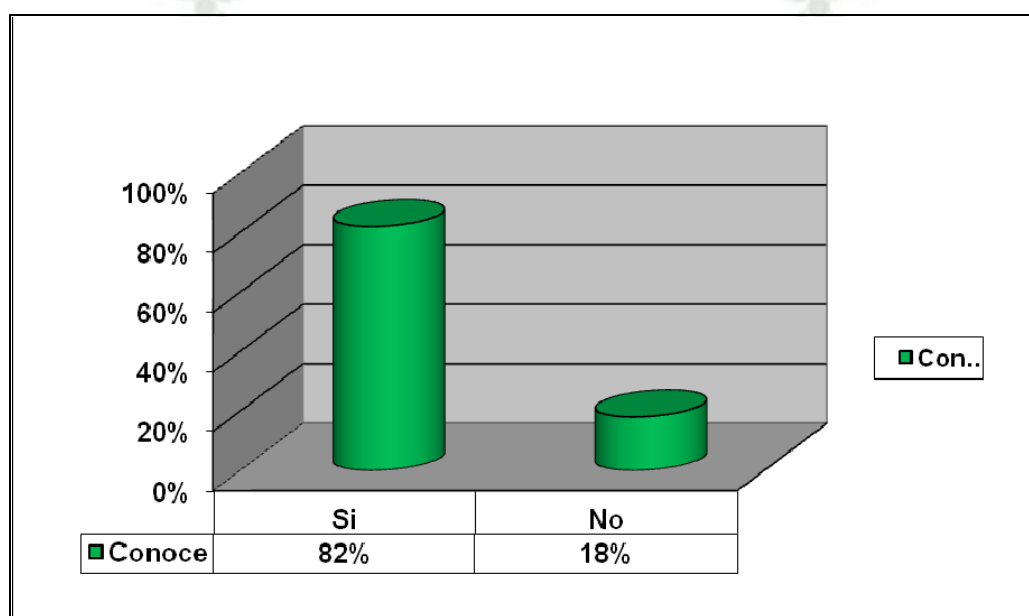
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos presenta si las empresas encuestadas tienen conocimiento que nuestra normatividad vigente no permite el uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones, siendo que en un 82% si tienen conocimiento de ello, a pesar de que muchos si lo emplean, mientras que un 18% no tiene conocimiento que nuestra normatividad prohíbe dicho uso en nuestro entorno social, lo que nos evidencia que a pesar de conocer dicha prohibición lo sigan empleando, lo que demuestra la falta de aceptación de nuestra sociedad para cumplir con lo que manda la ley.

GRAFICO Nº 09

**TIENE CONOCIMIENTO QUE NUESTRA NORMATIVIDAD VIGENTE NO
PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE
OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 10

RAZONES POR LAS QUE TIENE CONOCIMIENTO O NO QUE NUESTRA NORMATIVIDAD VIGENTE NO PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Razones	Subtotal	%
Porque la ley lo establece	54	60
Por políticas de la empresa	20	22
Porque la ley no lo establece	10	11
Por políticas de la empresa	6	7
Total	90	100

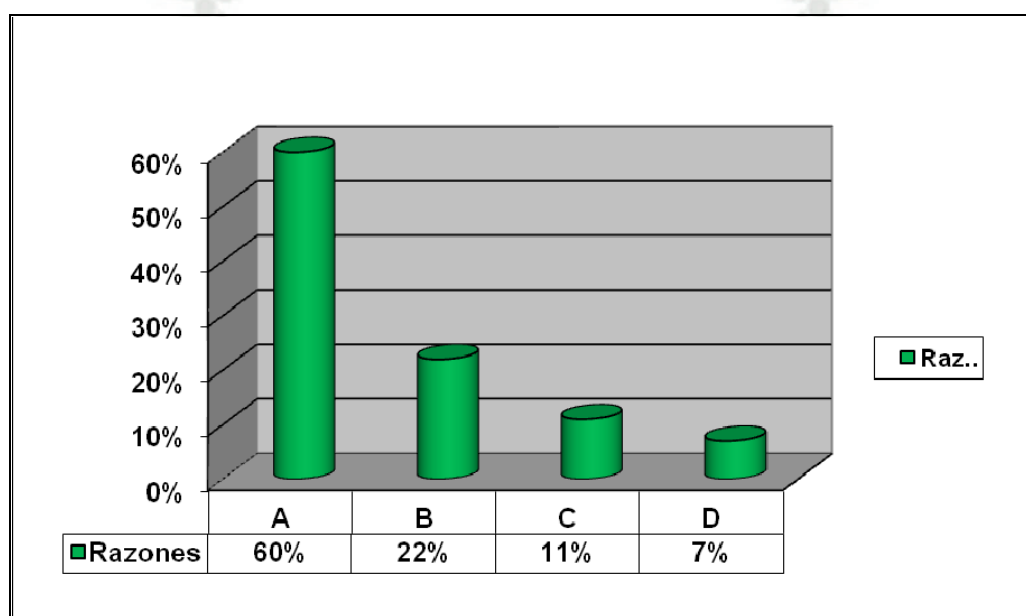
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos muestra la principal razón por la cual las empresas encuestadas tienen conocimiento que nuestra normatividad vigente no permite el uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones, siendo que en un 60% es porque simplemente la ley lo establece, mientras que un 11% la principal razón por la cual no tiene conocimiento que nuestra normatividad prohíbe dicho uso en nuestro entorno social es porque consideran que la ley no lo prohíbe, esta respuesta nos evidencia el desconocimiento de las normas existentes.

GRAFICO Nº 10

**RAZONES POR LAS QUE TIENE CONOCIMIENTO O NO QUE NUESTRA
NORMATIVIDAD VIGENTE NO PERMITE EL USO DE CHEQUES PARA
GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Porque la ley lo establece
B: Por políticas de la empresa
C: Porque la ley no lo establece
D: Por políticas de la empresa

CUADRO Nº 11

BENEFICIOS QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA A SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Beneficios	Subtotal	%
Rapidez en las transacciones	58	64
Cumplimiento oportuno de la obligación	22	24
Circulación apropiada del dinero	8	9
Por estrategia económica	2	3
Total	90	100

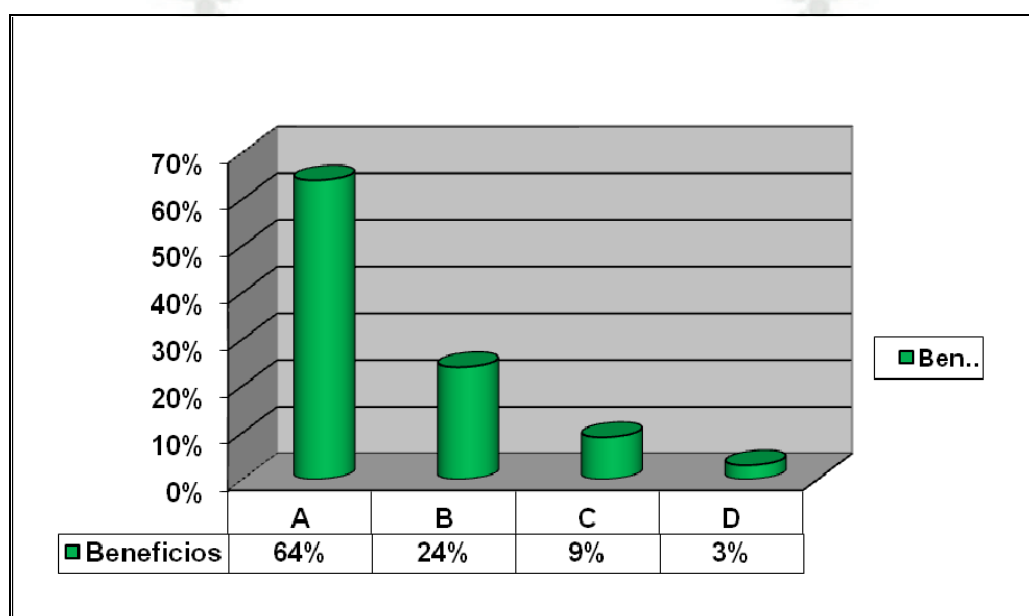
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos presenta que el principal beneficio que las empresas encuestadas consideran que les trae el empleo de cheques para garantizar una obligación es en un 64% por la rapidez de las transacciones y en un 24% para el cumplimiento oportuno de la obligación, es decir que dichos beneficios conllevan implicancias legales ajenas a lo normado por la ley de títulos valores respecto a los alcances del cheque y su uso en los medios empresariales.

GRAFICO Nº 11

**BENEFICIOS LEGALES QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA
A SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO
DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Rapidez en las transacciones
B: Cumplimiento oportuno de la obligación
C: Circulación apropiada del dinero
D: Por estrategia económica

CUADRO Nº 12

CONSIDERA USTED QUE SE DEBE IMPONER ALGUNA SANCIÓN A LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Considera	Subtotal	%
Si	35	39
No	55	61
Total	90	100

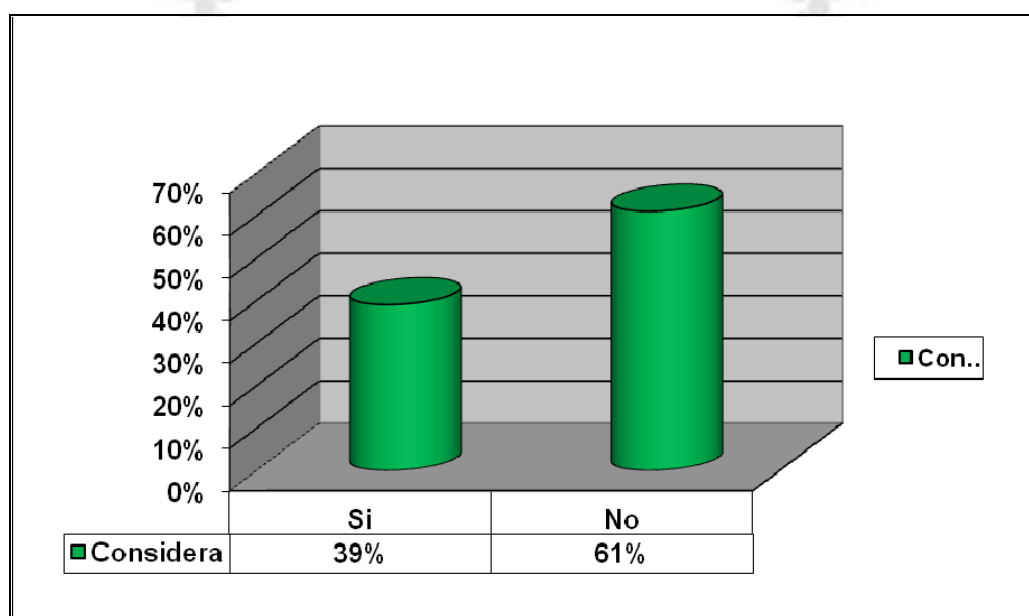
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro en contraposición a los cuadros anteriores donde la mayoría de las empresas reconocen la prohibición de usar cheques para garantizar pago de obligaciones, nos demuestra que un 61% de dichas empresas consideran que no se deben imponer sanciones a las empresas que realizan dichos usos indebidos del cheque, mientras que un 39% si consideran que se debe imponer sanciones por el mal empleo de los cheques.

GRAFICO Nº 12

**CONSIDERA USTED QUE SE DEBE IMPONER ALGUNA SANCIÓN A
LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO
DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 13

RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA USTED QUE NO SE DEBE IMPONER ALGUNA SANCIÓN A LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Razones	Subtotal	%
Para evitar el uso indebido del cheque	22	24
Para no afectar la obligación de pago	13	14
Para seguir con el uso del cheque	38	43
Para garantizar la obligación de pago	17	19
Total	90	100

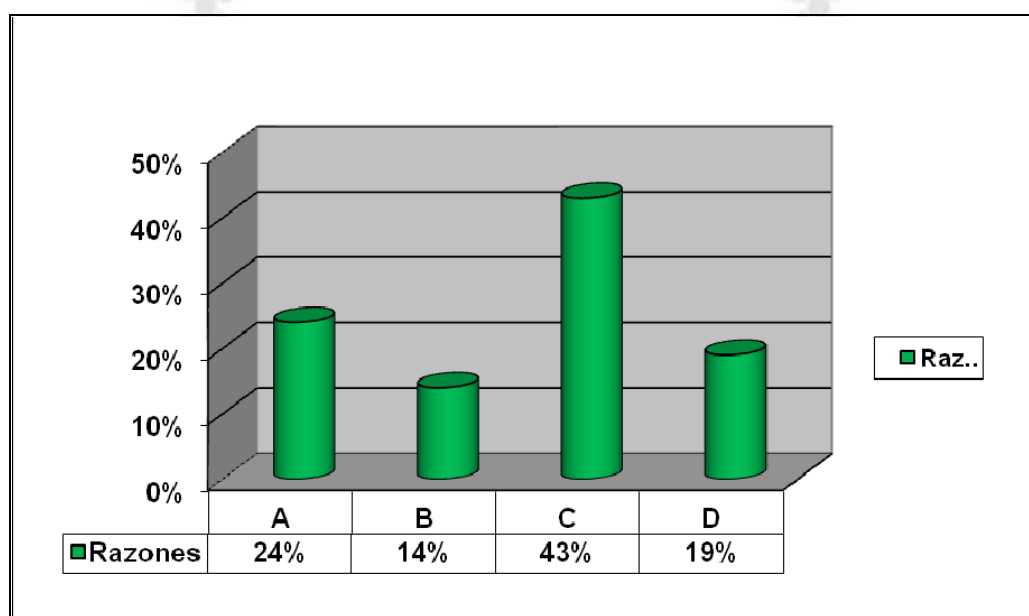
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

El siguiente cuadro nos presenta la principal razón por la cual las empresas encuestadas consideran que no se debe imponer sanciones a las empresas que utilizan indebidamente el cheque para garantizar obligaciones, siendo que en un 43% es porque consideran que se debe seguir usando el cheque y las sanciones limitarían su uso, mientras que la principal razón por la cual las empresas si consideran que se debe imponer sanciones por el mal empleo del cheque en un 24% es precisamente para evitar seguir haciendo un uso indebido de este título valor.

GRAFICO Nº 13

**RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA USTED O NO QUE SE DEBE
IMPONER ALGUNA SANCIÓN A LAS EMPRESAS QUE USAN CHEQUES
PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Para evitar el uso indebido del cheque
B: Para no afectar la obligación de pago
C: Para seguir con el uso del cheque
D: Para garantizar la obligación de pago

CUADRO Nº 14

PERJUICIOS QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA A SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Perjuicios	Subtotal	%
Problemas para su cobro	38	43
No cumple con las formalidades	29	32
No garantiza la obligación	13	14
Limitaciones en su ejecución	10	11
Total	90	100

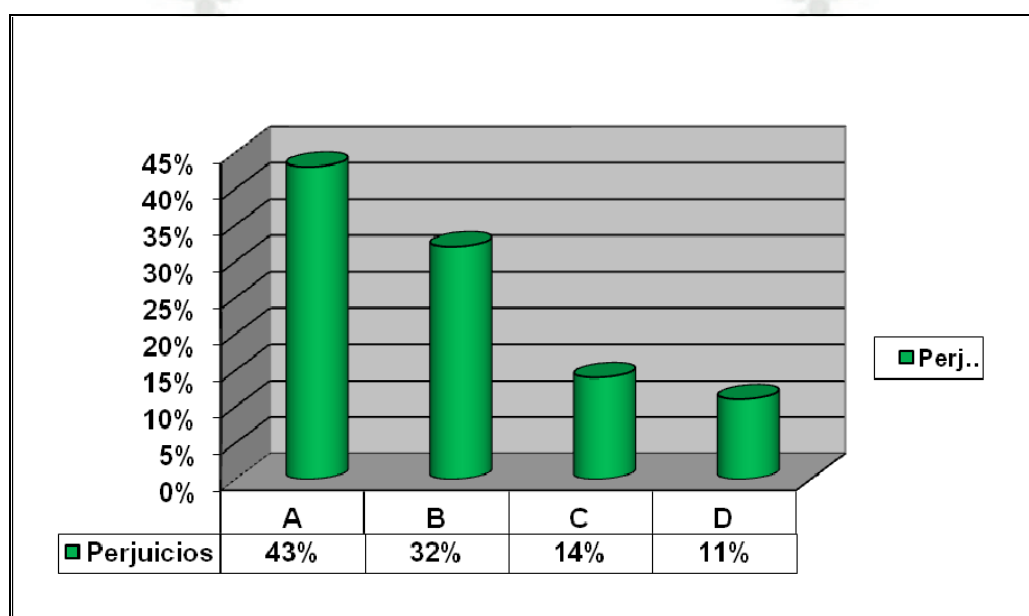
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos evidencia cuales son los perjuicios que conllevan el uso indebido de cheques para garantizar obligaciones, siendo que el principal perjuicio es en un 43% que presenta problemas para su cobro, mientras que en un 32% nos refiere que dichos cheque no cumplen con las formalidades, es decir que los principales perjuicios conllevan implicancias legales significativas en el momento de emplear el cheque por las empresas para poder garantizar el pago de sus obligaciones, dado que por estar prohibido por la ley y no estar regulado el cheque como un título valor de garantía, implique que existan problemas para su cobro y por ende no cumpla con las formalidades de ley, ni garantice adecuadamente la obligación.

GRAFICO Nº 14

**PERJUICIOS LEGALES QUE CONSIDERA USTED QUE LE CONLLEVA A
SU EMPRESA EL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE
OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Problemas para su cobro
B: No cumple con las formalidades
C: No garantiza la obligación
D: Limitaciones en su ejecución

CUADRO Nº 15

**CREE USTED QUE SE DEBEN REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD
EXISTENTE RESPECTO AL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL
PAGO DE OBLIGACIONES**

Cree	Subtotal	%
Si	58	64
No	32	36
Total	90	100

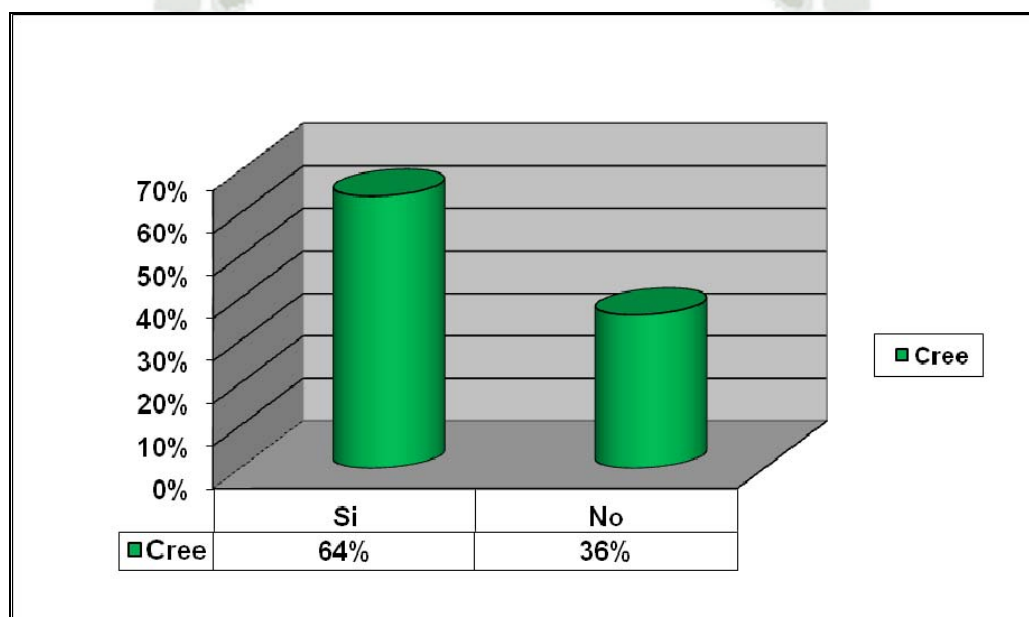
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Este cuadro nos demuestra que del total de empresas encuestadas en un 64% nos refieren que se debe replantear la normatividad existente respecto al uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones, mientras que un 36% no consideran que sea necesario dicho replanteamiento.

GRAFICO Nº 15

**CREE USTED QUE SE DEBEN REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD
EXISTENTE RESPECTO AL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR
EL PAGO DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

CUADRO Nº 16

RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE SE DEBEN REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD EXISTENTE RESPECTO AL USO DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES

Razones	Subtotal	%
Para garantizar el pago de obligaciones	45	50
Para un adecuado manejo del cheque	13	14
El cheque no garantiza el pago de obligaciones	22	24
No existe un adecuado manejo del cheque	10	12
Total	90	100

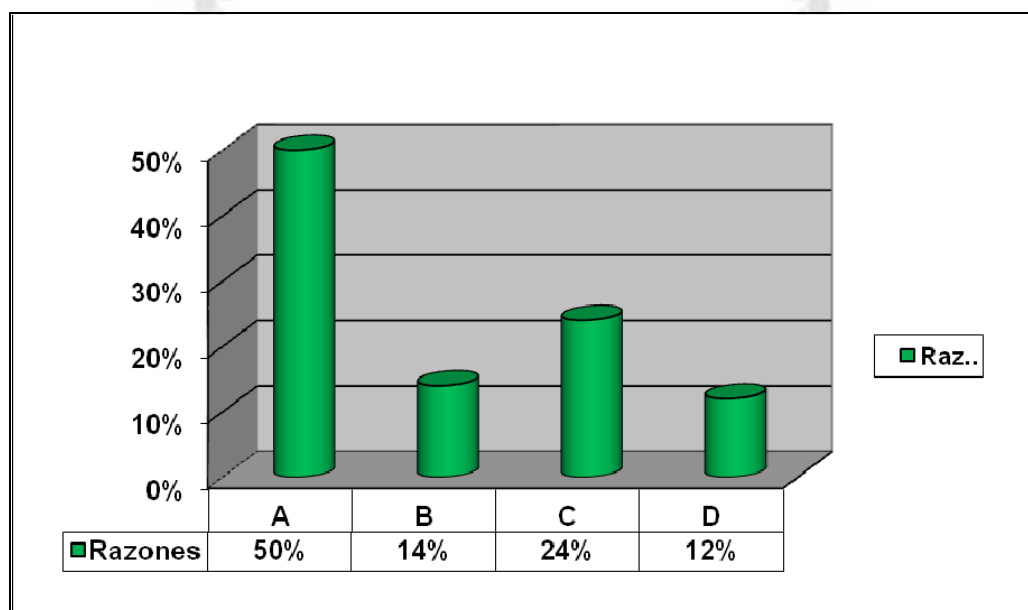
Fuente: EMPRESAS AQP 2011

INTERPRETACION

Finalmente el siguiente cuadro nos presenta la principal razón por la cual las empresas encuestadas en un 50% nos refieren que se debe replantear la normatividad existente respecto al uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones, siendo que debe ser para poder garantizar el pago de las obligaciones contraídas frente a terceros, mientras que la principal razón por la cual no se debe dar dicho replanteamiento en un 24% es porque consideran que el cheque en sí mismo no puede garantizar el pago de obligaciones.

GRAFICO Nº 16

**RAZONES POR LAS QUE CREE USTED O NO QUE SE DEBEN
REPLANTEAR LA NORMATIVIDAD EXISTENTE RESPECTO AL USO DE
CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE OBLIGACIONES**



Fuente: EMPRESAS AQP 2011

Leyenda
A: Para garantizar el pago de obligaciones
B: Para un adecuado manejo del cheque
C: El cheque no garantiza el pago de obligaciones
D: No existe un adecuado manejo del cheque

CONCLUSIONES

PRIMERA.-

Tal como se ha determinado a lo largo de la encuesta realizada a las empresas materia de investigación, es práctica común dentro de las relaciones civiles y comerciales, que se suscriban cheques en garantía de pago de una obligación. Sin embargo, se desnaturaliza la institución del cheque, como actualmente se encuentra regulado, toda vez que el mismo se instituye como un medio de pago y no de garantía.

SEGUNDA.-

La intención que tienen las partes de extender un cheque en garantía, no puede ser jamás con la intención de defraudar su patrimonio entre las mismas, no existe ningún ánimo de fraude, de engaño o ardid, es más las partes convienen libremente en aceptar dicha forma de garantía para el pago de una determinada obligación, lo que evidencia el uso proliferado de esta práctica en las diversas empresas.

TERCERA.-

La aceptación de un cheque dado en garantía, para la persona jurídica que lo acepta, lo que pretende es tener la certeza jurídica de que podrá ejercitar las acciones penales y civiles que por la negativa de pago por el banco se deriven. Se reitera que la persona que inicie acciones legales por ejemplo de estafa mediante cheque, considera que con la acción penal, efectivamente logrará el pago de lo que se le garantizó con el título es decir el cheque.

CUARTA.-

Es de suma importancia tener en cuenta que el haber girado un cheque en garantía, no supone la buena voluntad o buena fe de la parte que lo recibe, de no presentarse inmediatamente al banco para su cobro, aún cuando tenga una fecha posterior, debido a que el cheque es pagadero al momento de que se presenta al Banco, no importando si tiene una fecha posterior. Por lo que la buena fe y aceptación del cheque en garantía no se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico, lo cual permite emitir un cheque con un objeto de garantía, pero dependerá de la buena fe de quien lo reciba para hacer lo efectivo, sino hasta el momento en que deba cumplirse la obligación, si es que quiere respetarse las condiciones que dieron origen a la emisión del cheque.

QUINTA.-

Si se ha comprobado la hipótesis en la presente investigación, puesto que se ha observado que si existe una emisión indebida de cheques la cual no garantiza adecuadamente el pago de una obligación en las empresas de Arequipa; por lo que se hace necesario replantear los medios normativos y materiales que hagan viable el cumplimiento de dicha obligación.

SUGERENCIAS

PRIMERA.-

La utilización del cheque como título de garantía y no de pago es una práctica usual y constante en las relaciones jurídicas de las diferentes empresas de nuestro entorno social, por lo que el Organismo Legislativo debe tomar en cuenta que las actividades de lícito comercio del país han encontrado otro uso para dicho documento, y por lo tanto se debe normar específicamente, con la finalidad de poder evitar prejuicios que a la larga o la corta limiten las relaciones empresariales y obstaculicen la actividad económica de las empresas.

SEGUNDA.-

Es muy importante saber todo lo relacionado al cheque ya que es un documento esencial en la sociedad tanto civil como mercantil, y se utiliza diariamente en diversas circunstancias y con diversos propósitos. Aunque la mayoría de las veces, se utilizan los cheques post datados lo que constituye un arma de doble filo en cuanto a las fechas de cobro y expedición del mismo. Es así que a los cheques se les debe dar el uso apropiado lo cual sería más provechoso para la sociedad, dado que se le da poca importancia y la mayoría de empresas desconocen sobre verdadero uso.

TERCERA.-

Las implicancias legales sobre la posibilidad de otorgar garantía mediante un cheque de gerencia son nulas, pues debe precisarse que el cheque es un título valor que por su carácter de instrumento de pago, no puede ser emitido en garantía, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Títulos Valores. Tal como se advierte, la inobservancia de la prohibición de emitir cheques en

garantía tiene como consecuencia la pérdida de los efectos cambiarios del título valor. El tal sentido, las empresas no pueden aceptar cheques como garantías para el pago de obligaciones, pues la Ley de Títulos valores prohíbe que estos cheques cumplan tal función, por lo que en este sentido deberá regular la imposición de sanciones penales a quienes incumplan dicho mandato.

CUARTA.-

Se considera que el uso del cheque propiamente dicho requiere de condiciones de seguridad apropiadas para generalizar su empleo o utilización, sobre todo por las empresas de nuestro entorno, porque como ya se ha determinado en la investigación el uso del cheque como garantía para el pago de obligaciones viene siendo discriminado, por lo que resulta factible ampliar los efectos normativos respecto a esta controversia, lo que ciertamente contribuiría a otorgar seguridad jurídica y económica a los agentes económicos empresariales.

QUINTA.-

Se considera que si existe una emisión indebida de cheques la cual no garantiza adecuadamente el pago de una obligación en las empresas de Arequipa, por lo que se hace necesario replantear los medios normativos y materiales que hagan viable el cumplimiento de dicha obligación lo cual permitirá que se regule adecuadamente la figura del cheque, no desnaturalizando su utilización en nuestra normatividad, la cual como sabemos debe ser la de un instrumento de pago. Se sugiere que las modificaciones se den tanto en el código penal como en la ley de títulos valores.

PROPUESTAS

PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 178 DE LA LEY DE TITULOS Y VALORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

La garantía en el Derecho civil y comercial, es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. Por encima de cualquier otra garantía, el Derecho conoce la llamada garantía patrimonial universal: todo acreedor, sea el que sea el origen de la deuda, sabe que el obligado al pago responde del cumplimiento de su obligación con todos sus bienes presentes y hasta con los que pueda llegar a tener si mejora de fortuna.

Cuando en un acto contractual o en un acto mercantil, una de las partes necesita garantizar su obligación de pago o de cumplimiento de una obligación, se le exige como garantía la emisión de uno o varios cheques a nombre del acreedor, lo cual no constituye una voluntad de pago, sino de garantía de una obligación, evitando con ello suscribir algún otro documento como ejemplo un reconocimiento de deuda. Sin embargo, es necesario determinar la intencionalidad de exigir un cheque en garantía a la persona que adeuda una cantidad de dinero o asume una obligación civil o mercantil, puesto que el objeto del cheque jamás será la obligación de pago en ese momento.

La institución del cheque como se encuentra regulado actualmente, no contempla la figura del cheque en garantía, por el contrario, por esa razón la persona que exige la entrega de un cheque sabiendo que el librador no posee fondos en su cuenta para cubrir el mismo, lo hace con la intención no

de garantizar su pago, sino de tener la opción de utilizar la vía penal como alternativa para el cobro del monto total del cheque. Tal como se ha expuesto es práctica común dentro de las relaciones civiles y comerciales, que se suscriban cheques en garantía de pago de una obligación. Sin embargo, se desnaturaliza la institución del cheque, como actualmente se encuentra regulado, toda vez que el mismo se instituye como un medio de pago y no de garantía.

SE PRESENTA EL SIGUIENTE PROYECTO:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 178 DE LA LEY DE TITULOS Y VALORES

ARTÍCULO 1- Modifíquese el artículo 178 de la ley de títulos y valores, cuyo texto será el siguiente:

178.1. El Cheque, como instrumento de pago, no puede ser emitido, endosado o transferido en garantía.

178.2. Del mismo modo, un Cheque emitido a la orden del banco girado no es negociable por éste. Tampoco lo será el Cheque transferido al banco girado para su pago una vez que haya sido pagado por éste.

178.3. Si se prueba que el tenedor recibió el Cheque a sabiendas de que se infringe cualquiera de las prohibiciones anteriores, el título no producirá efectos cambiarios, imponiéndose asimismo las acciones penales correspondientes.

ARTÍCULO 2- Por decreto supremo se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para la aplicación de la presente ley.

PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 215 DEL CODIGO PENAL LA LEY DE TITULOS Y VALORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

El derecho debe regular las conductas de los habitantes de un lugar, por lo que al existir en la práctica civil y comercial, el uso de título de crédito como lo es el cheque, dado como garantía del cumplimiento de una obligación, a pesar que se encuentra regulado su prohibición, causando con ello efectos contradictorios en el mundo jurídico.

Los legisladores deben tomar en cuenta que, al no encontrarse nominado en la legislación mercantil el cheque en garantía, se viene produciendo conflictos normativos debido a la falta de sanciones penales que impidan en la práctica su uso indiscriminado, puesto que la persona que recibe dicho título, lo hace con el fin de accionar en la vía penal por el delito de estafa mediante cheque, cuando los presupuestos procesales y la descripción jurídica del delito, la conducta del librador jamás se encuadra en ella, puesto que jamás existió la intención de estafar al tenedor del cheque en garantía.

El cheque en garantía debería producir efectos jurídicos en el ramo penal, puesto que jamás existió pago alguno, por el contrario se utilizó como medio de garantía para el cumplimiento futuro de una obligación. Al no existir en una relación jurídica, la emisión de un cheque en pago, sino darlo en garantía, el proceso para sancionar dicha conducta debe ser la vía penal, puesto que se determina que la intención del librador es defraudar al tenedor del cheque, por lo que es procedente determinar que cuando una persona en su calidad de deudor, fiador ó tercero en una relación contractual, extiende un cheque en garantía, es probable que tiene como premisa de su actuación, que lo hace con la intención de defraudar o afectar el patrimonio de la otra parte.

SE PRESENTA EL SIGUIENTE PROYECTO:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 215 DEL CODIGO PENAL

ARTÍCULO 1- Modifíquese el artículo 215 del código penal, cuyo texto será el siguiente:

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un Cheque, en los siguientes casos:

- 1) Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente;
- 2) Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago;
- 3) Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente;
- 4) Cuando revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa;
- 5) Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque;
- 6) Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos;
- 7) El acreedor que aceptare o exigiere a su deudor, a título de documento de crédito, o como pago o garantía de pago de una obligación no vencida un cheque.

En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.

Con excepción del incisos 4) y 5), no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de

requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador."

Si el cheque, en los casos del inciso 7), tuviese por objeto el pago o la garantía de pago de un préstamo en dinero, la condena que recaiga aparejará de pleno derecho la extinción del crédito que se intentó cobrar o asegurar mediante al giro, hasta la concurrencia de la suma escrita en el cheque.

ARTÍCULO 2- Por decreto supremo se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para la aplicación de la presente ley.



BIBLIOGRAFIA

1. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2000.
2. BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecno. Madrid 1983.
3. CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.-Tomo VI P-Q.- Editorial Heliasta.- 20ª Edición actualizada y corregida.- Buenos Aires- Republica de Argentina.- 1981.
4. CARRIÓN SORIA, Amadeo Carrión.- Derecho de Obligaciones.- Universidad Nacional San Antonio Abad Del Cusco.- 3ra. Edición.- Cusco-Perú. 2000.
5. CASTILLO FREYRE, Mario y Osterling Parodi, Felipe. La Mora. Serie Clásicos del Derecho Volumen XI. Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel Augusto Olaechea”. Corte Superior de Ica. Primera Edición 2004.
6. CASTILLO FREYRE, Mario y Osterling Parodi, Felipe. Tratado de las Obligaciones Segunda Parte – Tomo V, Volumen XVI. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial 1996. Pontificia Universidad Católica del Perú.
7. ESCUELA DE GRADUANDOS Águila & Calderón. ABC Del Derecho Civil, Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1999.

8. FERNÁNDEZ, OSPINA. Régimen General de las Obligaciones. Edit. TEMIS. 1999. Colombia.
9. GACETA JURÍDICA. Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas, Derecho de Obligaciones, Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica SA, Primera Edición 2004.
10. GARCÍA KILROY, Catiana. Apuntes para la Liquidación de Valores, San José, Costa Rica, 1998.
11. GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987.
12. GUZMAN FERRER, Fernando- Código Civil - Tomo III.- Editorial Científica S.R.L.- 1ra Edición.- Lima –Perú. 1985.
13. INFANTES MANDUJANO, Pedro Adrian. Efectos de las Obligaciones El Pago. Ediciones Legales. Año 2000.
14. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1992.
15. MOISSET DE ESPANES, Luís. Curso de Obligaciones. Advocatus, Córdova, Ferrero Costa Raúl, Curso de derecho de las Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Cuzco S.A., 1998.
16. MONTROYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica. Lima Julio 2000.
17. MONTROYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Editorial Desarrollo. Lima, 1982.

- 18.OSORIO, MANUEL.- diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.- Editorial Heliasta.- 26ª edición, actualizada y corregida por Guillermo Cabanillas de la Cueva.-Buenos Aires- Republica de Argentina.- 1999.
- 19.OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Edit. De la PUCP. Lima 1991.
- 20.PALACIOS PIMENTEL, H. Gustavo. Manual de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Huallaga, 3ra Edición, Lima – Perú.
- 21.PÉREZ FONTANA, Sagunto. Títulos Valores. Parte Dogmática. Cultural Cuzco S.A. Lima 1990.
- 22.PETIT. EUGENE.- Tratado elemental de Derecho Romano.- Editorial Albatros.- Buenos Aires- Argentina.- 1960.
- 23.SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1986.
- 24.SILVA VALLEJO, José Antonio. Teoría General de los Títulos Valores. Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi. Cultural Cuzco, Lima 1989.
- 25.SOLIS ESPINOZA, Jorge Alfredo. Temas sobre derecho cartular. Editorial Idemsa. Lima 1995.
- 26.TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; Código Civil Comentado, Sexta Edición, Editorial Temis, 2002.
- 27.URIA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Decimonovena Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1992.

28.VALENZUELA GARACH, Fernando. La Información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1993.

29.VILADEGUT BUSH, Guillermo.- Apuntes de Derecho Civil.- Universidad Tecnológica de los Andes.- 2da. Edición.-2002.

30.VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Volumen III, Editorial Reus. Madrid 1936.

Páginas web consultadas:

1. www.boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Titulos_Valores.doc
2. www.monografias.com › Derecho
3. www.teleley.com/contenlegal.php?idm=2313



PROYECTO DE INVESTIGACION

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISION DE CHEQUES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UNA OBLIGACION EN LAS EMPRESAS DE AREQUIPA 2011.

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 AREA DE CONOCIMIENTO, CAMPO Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- ♦ AREA: Ciencias Jurídicas.
- ♦ CAMPO: Derecho Empresarial y Comercial.
- ♦ LINEA DE INVESTIGACIÓN: Títulos valores.

1.2.2 ANALISIS DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: Implicancias legales en la emisión de cheques

INDICADORES

- Naturaleza jurídica en la emisión de cheques.
- Finalidad de la emisión de cheques.
- Importancia de la emisión de cheques.

- Requisitos en la emisión de cheques.
- Características de la emisión de cheques.
- Implicancias legales en la emisión de cheques.

VARIABLE DEPENDIENTE: Garantía del pago de una obligación

INDICADORES

- Naturaleza jurídica del pago de la obligación.
- Finalidad del pago de la obligación.
- Clases de pago de la obligación
- Características del pago de la obligación.
- Requisitos del pago de la obligación.
- Garantías para el pago de la obligación

1.2.3 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

◆ TIPO:

- Por el objetivo: Aplicada.
- Por el enfoque: Especializada.
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural.
- Por las fuentes de información: Documental y de campo.

◆ NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

- Descriptiva – Explicativa.

1.2.4 INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuáles son las implicancias legales en la emisión de cheques para garantizar el pago de una obligación en las Empresas de Arequipa?

- ¿Cuáles son los requisitos que establece la ley para poner en circulación la emisión de cheques en las Empresas de Arequipa?
- ¿Cuáles son las formas de garantía que establece la ley para realizar el pago de una obligación en las Empresas de Arequipa?

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación reviste vital importancia porque se hace necesario delimitar cuales son las implicancias legales en el orden civil y penal que conlleva la expedición de cheques en garantía de una obligación dineraria en la actividad económica de las diversa empresas existentes en la ciudad de Arequipa, problemática que a pesar de estar prohibida taxativamente en la ley de títulos y valores, se sigue observando en la práctica comercial, por lo que en este sentido se hace necesario la delimitación de las causas que conllevan al uso ilegal de esta práctica y las consecuencias legales que las mismas conllevan para de esta manera proponer alternativas de solución más viables para su no ejecución.

Asimismo la investigación resulta útil porque si la actual ley de títulos valores ante la inobservancia del mandato contenido expresamente en la misma, lo sanciona con la anulación de los efectos cambiarios que ha generado la emisión de un cheque ilegítimo, cuáles pueden ser la razones por las cuales en el sistema comercial de las diversas empresas de la ciudad de Arequipa se sigue otorgando cheques para respaldar obligaciones incumplidas que pudieran estar generando una evasión de dichas obligaciones y limitaciones para el cumplimiento de las mismas.

Finalmente la investigación es actual porque no se debe olvidar que el cheque no puede condicionar su pago al incumplimiento de determinada

obligación, esto es emitirse en garantía, por lo que se estaría vinculando a su causa y esta situación está prohibida por ley, la naturaleza del cheque en si es simplemente la orden pura de pagar una cantidad de dinero, problemática que puede venir causando un grave perjuicio en la actividad económica de las empresas de la ciudad de Arequipa.

2.- ANALISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

No se han ubicado trabajos de investigación al respecto, en la provincia de Arequipa, y tampoco se encuentran trabajos relacionados con el tema ni enfocados desde ópticas diferentes que de una u otra manera hubieran podido servir para la sustentación del presente estudio.

3.- ESQUEMA DE CONCEPTOS BASICOS

a. Concepto de cheque

El cheque es una orden de pago que no tiene condiciones, y que sólo puede ser emitido por empresas del sistema financiero autorizadas a mantener cuentas corrientes. Permite realizar un significativo número de operaciones y mayormente es utilizado por las personas jurídicas.

Su principal atributo es que representa un medio de pago que reemplaza económicamente al efectivo. Asimismo, permite llevar un mejor manejo y control de los pagos, y reduce los riesgos que conlleva utilizar dinero en sus transacciones.

b. Características del cheque

- El cheque tiene un plazo de presentación de 30 días, después de la fecha de su emisión (en el caso del diferido, desde el día señalado en éste).

- Puede ser pagado hasta después de un año de emitido, siempre que existan fondos en la cuenta y que no haya revocación ni suspensión del pago.
- El cheque es pagado al instante de ser presentado, es decir, no se puede consignar en éste una fecha futura para su cancelación, a excepción de los que tienen pago diferido, ya que exhiben un formato distinto.
- Quien disponga de una cuenta corriente puede solicitar un talonario con ese tipo de cheques (pago diferido) a su entidad bancaria. Este es intransferible, a menos que se realice mediante un traspaso.

c. Obligaciones del emisor

Comprobar que existan los fondos disponibles para efectuar el pago de los cheques girados. En caso contrario, debe contar con autorización para sobregirar la cuenta.

En caso de emita cheques sin fondos, el banco está obligado a cerrar la cuenta corriente, si se deja constancia de la falta de pago por no haber fondos en dos cheques y si en un año la entidad financiera girada rechaza 10 veces el pago de uno o más cheques por carecer de fondos, ya sea que se deje o no la constancia de ello en el mismo título.

Debe proceder de igual manera si la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBS) la incluye en la relación de cuentas corrientes cerradas. En ese caso, los bancos tienen que cerrar en un plazo de 10 días las cuentas de quienes figuran en la citada lista.

Además, la SBS ordena la cancelación de la tarjeta de crédito cuando se cerró la cuenta por emitir cheques sin fondos. Al respecto, las penalidades

duran un año desde la fecha del cierre y de reincidir se consideran plazos mayores e incluso la inhabilitación permanente. Por otro lado, se puede cancelar el pago de un cheque si se denuncia su pérdida o sustracción, o por otras causas que señala la ley, bajo la condición de interponer una demanda judicial de ineficacia respectiva. También, por rellenarlo con borrones.

d. Tipos de cheque

- No negociable: pagado a la persona en cuyo favor se emitió. A pedido de ella se puede depositar en una cuenta corriente u otra cuenta de la que sea titular.
- De pago diferido: emitido para ser cobrado en fecha futura.
- De gerencia: girado por los bancos con cargo a ellos mismos

e. Naturaleza del pago

El Pago es un acto jurídico bilateral, que consiste en la entrega de la cosa debida, la realización o la abstención del hecho prometido, para entender el pago es recomendable seguir ciertos principios.

f. Objeto del pago

Debe coincidir con el contenido de la obligación. Si la obligación consistía en la entrega de una cosa determinada y ésta se hubiese deteriorado sin culpa del deudor, el acreedor debe aceptarla en el estado que se encuentre.

g. Imputación del pago

En caso que un deudor tenga más de una deuda con el mismo acreedor y le realice un pago menor a la suma de sus múltiples deudas, le corresponde al deudor determinar a cuál de las deudas se hace el pago. Si no lo hace, será el acreedor el que tenga la facultad de imputar el pago.

El detalle de la imputación debe constar en el recibo. En el caso de deuda con intereses, no puede asignar el pago primero a lo principal, pues los intereses tienen prioridad.

h. Garantías

Una garantía es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda.

La garantía es una cosa o inmueble que responderá del buen fin de una operación en lugar de, en nombre de, o al lado de otro. Puede ser personal, hipotecaria, etc. La garantía supone la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento asegura.

Es un documento otorgado por una Entidad Bancaria, Financiera o de Seguros, que respalda a una persona natural o jurídica hasta por una cantidad monetaria especificada, en un tiempo determinado. El documento puede ser carta fianza, cheque certificado o cheque de gerencia.

Las garantías otorgadas en el Perú al acreedor de una obligación, para que con su ejecución se haga pago de su crédito, no difieren en su concepción general de la manera como se han consagrado en otros países. Existen, sin embargo, distintas clases de garantías, por lo que debe tenerse cuidado al adaptarlas a cada transacción en particular.

La característica principal de las garantías reales y personales es que son accesorias a la obligación principal, razón por la cual no existen independientemente. La excepción a esta regla se da en el caso del aval. Normalmente, las garantías se extinguen una vez cumplida la obligación principal. En algunos casos, sin embargo, se requiere de un procedimiento especial para extinguirlas.

En el caso de que una garantía real haya sido inscrita en el Registro Público, se necesita cancelar dicha inscripción. Para hacerlo, se debe presentar pruebas instrumentales al Registro Público de que la garantía se ha extinguido.

i. Funcionalidad y Eficiencia.

El régimen general de las garantías en el sistema jurídico peruano se encuentra regulado en el Código Civil, pudiendo distinguirse entre garantías personales y reales.

Las primeras consisten en el compromiso que asume una persona al constituirse como fiador o deudor accesorio de una obligación. Hay dos garantías personales: la fianza y el aval. Las garantías reales son aquellas que recaen sobre bienes individualmente determinados.

Estas garantías, a ser discutidas más adelante, incluyen la garantía mobiliaria, la hipoteca, la anticresis y la retención, siendo las dos primeras las de mayor empleo en el tráfico comercial. Las garantías reales deben constituirse necesariamente mediante la inscripción en el Registro Público, o mediante la entrega física o jurídica del bien al acreedor.

Para constituir la garantía real, el otorgante debe ser propietario del bien afectado y gozar de libertad para gravarlo. La garantía real otorga al acreedor el derecho de ejecución, persecución y preferencia sobre el bien sobre el cual recae la garantía. Sin embargo, los créditos laborales y la obligación tributaria gozan de preferencia por mandato legal, frente a cualquier otra obligación

3.- OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar y explicar cuáles son las implicancias legales en la emisión de cheques para garantizar el pago de una obligación en las Empresas de Arequipa.

3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Identificar cuáles son los requisitos que establece la ley para poner en circulación la emisión de cheques en las Empresas de Arequipa.
- Precisar cuáles son las formas de garantía que establece la ley para realizar el pago de una obligación en las Empresas de Arequipa.

4.- HIPOTESIS

DADO QUE: El pago de la obligación es un acto jurídico bilateral, que consiste en la entrega de la cosa debida, la realización o la abstención del hecho prometido, a cambio de un beneficio pecuniario entre acreedor y deudor, sea este dineraria, en especies o en títulos valores.

POR LO QUE

ES PROBABLE: Que la emisión indebida de cheques no garantice adecuadamente el pago de una obligación en las empresas de Arequipa, por lo que se hace necesario replantear los medios normativos y materiales que hagan viable el cumplimiento de dicha obligación.

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.-

Tanto para la variable uno como la dos; a fin de recoger los datos pertinentes de las diferentes empresas de responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa, se empleó las siguientes técnicas e instrumentos:

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	IMPLICANCIAS LEGALES EN LA EMISIÓN DE CHEQUES	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica en la emisión de cheques. - Finalidad de la emisión de cheques. - Importancia de la emisión de cheques. - Requisitos en la emisión de cheques. - Características de la emisión de cheques. - Implicancias legales en la emisión de cheques. 	<p>Para cada una de ellos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Observación directa - Encuesta 	<p>Para cada una de ellos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas

VARIABLE DEPENDIENTE	GARANTIA DEL PAGO DE UNA OBLIGACION	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza jurídica del pago de la obligación. - Finalidad del pago de la obligación. - Clases de pago de la obligación - Características del pago de la obligación. - Requisitos del pago de la obligación. - Garantías para el pago de la obligación 	<p>Para cada una de ellos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Observación directa - Encuesta 	<p>Para cada una de ellos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas
-------------------------	-------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.-

2.1.- UBICACIÓN ESPACIAL.-

Reportes de cheques dados en garantía a las diferentes empresas de responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa entre los años 2010 al 2011.

2.2.- UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el mes de enero a diciembre del año 2011.

2.3.- UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

Para la investigación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia comercial y civil que contemplan la emisión de cheques y el pago de obligaciones como son la Constitución Política, la ley de títulos valores, el Código civil y doctrina en general.

Para la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio la encuesta que se realizará a los gerentes que brindaran información sobre los reportes de cheques dados en garantía en las diferentes empresas de responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa, durante los años del 2010 al 2011, que suman en total 90 empresas y en vista que el universo no es muy numeroso, se tomará todo el universo considerado en su conjunto.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.-

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por la propia investigadora y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía INTERNET.

La información de campo se obtendrá de la encuesta a realizarse a los gerentes de las diferentes empresas responsabilidad limitada en el rubro comercio del cercado de Arequipa de los reportes de cheques dados en garantía, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo la encuesta que será elaborada teniendo en cuenta los indicadores de las variables realizada a las empresas donde se consignarán los datos.

3.1.- MODO.-

- Se realizará por la propia investigadora, la búsqueda de bibliografía pertinente en las bibliotecas especializadas de la ciudad antes indicada, a efecto de conseguir la información teórica que serán consignadas en fichas bibliográficas y documentales.
- Se recogerán a razón de un colaborador en la empresa encuestada y bajo la dirección de la investigadora, los datos necesarios de dichas entidades, que serán consignados en la encuesta como instrumento de campo, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente.

- Se revisará por parte de la investigadora, las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y la encuesta elaboradas en la recolección de la información





ANEXO 01

FICHA BIBLIOGRÁFICA

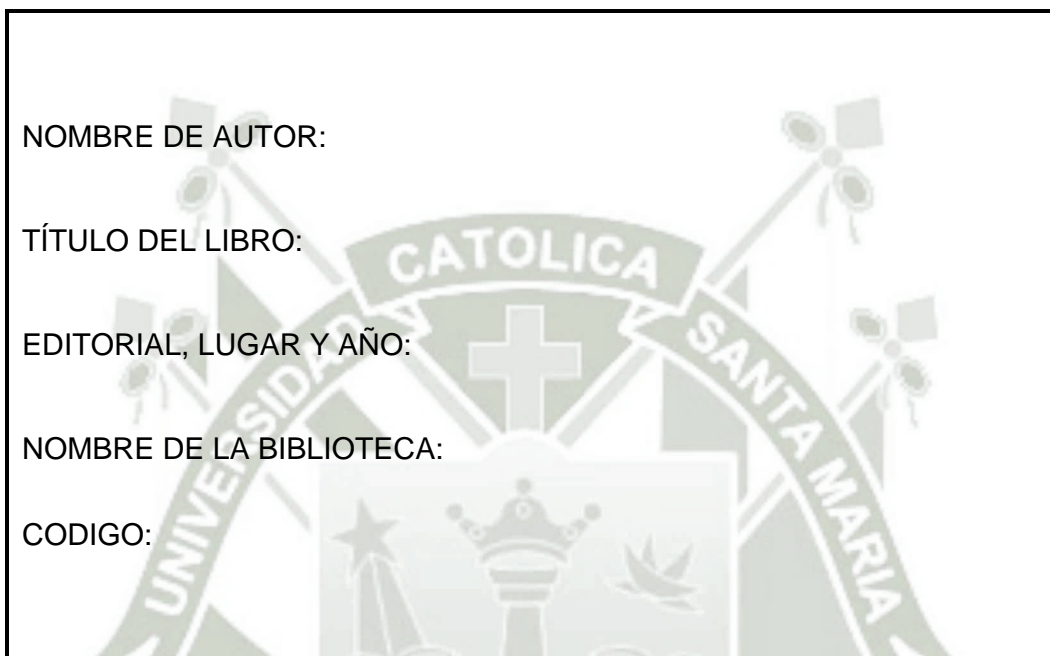
NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

CODIGO:



ANEXO 02

FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACIÓN:

ANEXO 03

ENCUESTA

1.- ¿Su empresa permite garantizar el pago de sus obligaciones propias o frente a terceros a través de la emisión de cheques?

a. Si () **b. No** ()

¿Porque.....

2.- ¿Qué factores condicionan a su empresa para garantizar el pago de una obligación con la emisión de un cheque?

.....
.....

3.- ¿Cree Usted que la emisión de un cheque garantiza adecuadamente el pago de una obligación propia o frente a terceros?

a. Si () **b. No** ()

¿Porqué?.....

4.- ¿Qué requisitos toma en cuenta su empresa para la emisión de cheques que garanticen el pago de obligaciones?

.....
.....

5.- ¿Considera Usted que es legítima garantizar el pago de una obligación propia o frente a terceros con la emisión de cheques?

a. Si () **b. No** ()

¿Porqué?.....

.....

6.- ¿Tiene conocimiento que nuestra normatividad vigente no permite el uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones?

a. Si () b. No ()

¿Porqué?.....

.....

7- ¿Qué beneficios considera Usted que le conlleva a su empresa el uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones?

.....

.....

8.- ¿Considera Usted que se debe imponer alguna sanción a las empresas que usan cheques para garantizar el pago de obligaciones?

a. Si () b. No ()

¿Porqué?.....

.....

9- ¿Qué perjuicios considera Usted que le conlleva a su empresa el uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones?

.....

.....

10.- ¿Cree Usted que se deben replantear la normatividad existente respecto al uso de cheques para garantizar el pago de obligaciones?

a. Si () b. No ()

¿Porqué?.....

.....